

Revista Aragonesa
de
Administración Pública

51
2018

REVISTA ARAGONESA
DE
ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

51

Año 2018

REGLAS SOBRE EL ENVÍO DE ORIGINALES

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. 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.

4. 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.

5. 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.

6. Reglas formales

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

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

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

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

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

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

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

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

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

PERIODICIDAD SEMESTRAL

Edita: Gobierno de Aragón

Departamento de Hacienda y Administración Pública

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

Depósito Legal: Z 730-1993

Realización: Talleres Editoriales COMETA, S.A.

CONSEJO DE REDACCIÓN

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

M^o Arántzazu MILLO IBÁÑEZ
Director 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

SUMARIO

RArAP núm. 51 (2018)

	Páginas
<i>Lista de evaluadores de la Revista Aragonesa de Administración Pública</i>	6
<i>Lista de colaboradores</i>	10
<i>Fe de erratas</i>	11
<i>Antonio Cayón, in memoriam (J. ÁLVAREZ MARTÍNEZ)</i>	12
ESTUDIOS	
I. GONZÁLEZ RÍOS: <i>Régimen de habilitación y control administrativo de los agentes colaboradores externos en materia industrial, medioambiental y de eficiencia energética</i>	18
N. A. GUILLÉN NAVARRO: <i>El régimen jurídico de la convivencia y de la protección del espacio público</i>	65
J. M. GARCÍA ASENSIO: <i>Régimen jurídico de la captura y el almacenamiento de carbono atmosférico por los montes. Propuesta de creación de un instrumento económico de mercado</i>	109
A. D. LEIVA LÓPEZ: <i>La regulación de la actividad de distribución de energía eléctrica</i>	175
DEBATES	
S. FERNÁNDEZ RAMOS: <i>La transparencia pública: pasado, presente y futuro</i>	213
J. M. PÉREZ MONGUIÓ: <i>El concepto de animal de compañía: un necesario replanteamiento</i>	244
J. GUILLEM CARRAU: <i>Las correcciones financieras en materia de fondos estructurales</i>	281
DERECHO COMPARADO	
O. VIGNOLO CUEVA: <i>Las primeras administraciones públicas regulatorias peruanas</i>	321
J. M. BELTRÁN CASTELLANOS: <i>La responsabilidad medioambiental en Alemania</i>	364
BIBLIOGRAFÍA	
A. M. AMAYA ARIAS, <i>El principio de no regresión en el Derecho Ambiental, 2016 (F. LÓPEZ RAMÓN)</i>	421
M. E. ROCA BAREA, <i>Imperiofobia y leyenda negra, 2016 (F. LÓPEZ RAMÓN)</i>	423

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, 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.

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

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

FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano:
Catedrático de Derecho
Administrativo, Universidad de
Cádiz.

GARCÍA ASENSIO, José Miguel:
doctor en Derecho, abogado,
profesor asociado de Derecho
Administrativo, Universidad de
Valladolid, sede de Soria.

GONZÁLEZ RÍOS, Isabel: Catedrática
de Derecho Administrativo,
Universidad de Málaga.

GUILLEM CARRAU, Javier: Letrado de
las Cortes Valencianas, profesor
asociado de Derecho Mercantil,
Universidad de Valencia.

GUILLEN NAVARRO, Nicolás: profesor
contratado doctor (acreditado) de
Derecho Administrativo, Universidad
de Zaragoza

LEIVA LÓPEZ, Alejandro D.: contratado
predoctoral FPU (MECD), área de
Derecho Administrativo, Universidad
de Alicante.

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

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

VIGNOLO CUEVA, Orlando: doctor en
Derecho, abogado, profesor de
Derecho Administrativo, Universidad
de Piura (Perú).

FE DE ERRATAS

En las págs. 552, 554 y 564 del núm. 49-50 (2017) de esta REVISTA, las citas de D. J. LIÑÁN NOGUERAS (2011) deben sustituirse por A. MANGAS MARTÍN & D. J. LIÑÁN NOGUERAS (2011), que son los autores del libro *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, cuya 9ª edición es de 2016.

ANTONIO CAYÓN IN MEMORIAN

Cuando un ser querido deja de estar entre nosotros no es fácil encontrar un consuelo que palíe su ausencia, pues la tristeza que su pérdida produce es inmensa; cuando aquél ha sido, además, amigo y maestro, esa tristeza se ve acompañada, de manera ineludible, de una sensación de vacío, de soledad, que sólo los recuerdos que el mismo ha dejado puede llegar, tímidamente, a paliar. De ahí que, por ello, no podamos comenzar las presentes líneas sino agradeciendo al Director de esta revista, el profesor López Ramón, la posibilidad que me ha brindado de recordar —y, con ello, honrar debidamente— a la figura de mi maestro, el profesor Antonio Cayón Galiardo.

Antonio Cayón nació en 1948 en Granada, si bien fue San Roque la localidad que siempre llevaría en el corazón y a la que habría de volver con frecuencia para reencontrarse, tanto con su familia, como con sus amigos de la niñez, cuya amistad siempre conservó. Por la profesión de su padre, militar, su etapa colegial y de bachillerato transcurrió en diversos lugares de la geografía patria, siendo ejemplo de ello las ciudades de Algeciras, Jerez, Bilbao, Valencia y Barcelona. Con posterioridad, y una vez concluido aquél, se trasladaría a Madrid, donde comenzó a cursar sus estudios en la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, y en cuyo seno, años después, iniciaría —y concluiría— su trayectoria académica, con un paso intermedio por la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza.

No obstante, dicho inicio no se produjo de forma inmediata a la obtención de su licenciatura, pues antes de ello hubo de cumplir —al no haber optado por las antiguas milicias universitarias— con las exigencias del servicio militar, el cual realizaría en el Alto Estado Mayor. A ello se unieron dos hechos poco conocidos de su vida pero que, sin duda, fueron presagio de lo que acontecería poco tiempo después: de un lado, la impartición de clases en un colegio y, de otro, la preparación, durante breve tiempo, de las oposiciones a Inspector de Hacienda. De este modo, Antonio Cayón vino a conjugar, ya en esos instantes, siquiera por separado, lo que, en definitiva, vino a constituir, a lo largo de toda su vida, la esencia de su actividad profesional: su vocación docente y su dedicación al Derecho financiero y tributario.

Más en concreto, su acercamiento al ámbito universitario se produjo a raíz de su ingreso, en calidad de profesor ayudante, en el Área de Derecho financiero y tributario de la anteriormente referida Universidad Complutense,

dirigida, en aquél instante, por su maestro —el gran maestro de nuestra disciplina— don Fernando Sáinz de Bujanda, del cual sería uno de sus últimos discípulos y bajo cuya tutela realizaría su tesis doctoral, la cual defendió en el año 1977, obteniendo la máxima calificación académica. A ello seguiría, poco tiempo después, la obtención de las plazas de profesor adjunto interino y de profesor titular en dicha institución académica.

Sería en el año 1986 cuando Antonio Cayón accedió, tras el respectivo concurso-oposición, a la Cátedra de Derecho financiero y tributario de la Universidad de Zaragoza, en la cual permanecería durante más de 17 años, y en la que, desde el primer instante, se impondría, como principal prioridad de su labor, la formación de una nueva generación de profesores universitarios, su escuela, a la cual —al igual que el resto de sus discípulos— me siento, hoy más que nunca, orgulloso de pertenecer.

En este sentido, conocí a mi maestro cuando cursaba, allá por 1987, el cuarto curso de la licenciatura de Derecho en Zaragoza, impresionándome ya, desde el primer día, su capacidad para transmitir la materia impartida y su carácter afable y cercano, no exento, sin embargo, del imprescindible rigor en el trato con el alumno que, cuando menos en aquellos tiempos, aún se estilaba. Y buena prueba de ello lo constituyeron dos premisas de su magisterio que siempre respetó: por un lado, la de tratar siempre a los alumnos de usted; y, de otro, la de considerar que su labor con estos últimos era la de enseñarles, no la de ser su cuidador. Lecciones de vieja escuela que nunca deberían caer en el olvido.

De esa primera toma de contacto, así como de posteriores reuniones previas a la finalización de la licenciatura, surgiría la relación maestro-discípulo que ya nunca me abandonó, situándome, bajo su dirección, sobre las vías de ese largo trayecto que antaño comenzaba con los antiguos cursos de doctorado y que culminaba con la obtención del título de Doctor, situación ésta que compartí con el profesor Ismael Jiménez y que, sin solución de continuidad, se vería repetida, con posterioridad, con la incorporación a su escuela del profesor Antonio García y de las profesoras Marisa Ruiz y Cristina Bueno y, ya algunos años más tarde, de la profesora Lucía Molinos. A todos se ocupó de dirigirnos nuestra respectiva carrera académica.

Volviendo la vista atrás, se concentran en mi mente los recuerdos de su trabajo diario, en no pocas ocasiones puesto en común, y de su presencia constante en la Facultad de Derecho de Zaragoza. Raro era el día que no lo encontrabas en su despacho, asumiendo sus múltiples ocupaciones, pues no fueron pocas las tareas que emprendió, dando así muestra de su indudable rigor y perseverancia. Pese a asumir tal carga de trabajo, siempre encontraba un momento para atender tus dudas, tus problemas, café o paseo mediante, proporcionándote una respuesta que abría una puerta para tu propia reflexión.

En definitiva, siempre estaba ahí. Y sabías —también siempre— que podías contar con él.

A todo ello se unió una decidida vocación por la Universidad en cuanto institución, siendo quizá la mejor prueba de ello su activa participación en la configuración y en el desarrollo de los departamentos universitarios, ajustados a lo que representó la Ley de reforma universitaria de 1983 y su continuación (tanto en Zaragoza como en Madrid). Su presencia, en aquellos lugares en que fue requerido para ello, nunca faltó, habiendo desempeñado labores destacadas en las principales instancias universitarias, siendo particularmente destacable, entre todas ellas, el desempeño de la Presidencia de la mesa del Claustro de la Universidad de Zaragoza.

Pero no todo se reducía al trabajo. Quienes conocían bien a Antonio Cayón saben de sobra que era un hombre alegre, de buena conversación, e incluso proclive a hacer chistes. Por ello, no es extraño que fueran de su gusto, además de las reuniones académicas, las reuniones con amigos —en especial, los de San Roque y Zaragoza— y con sus propios discípulos, las cuales, más de una vez, conjugó con la que sería otra de sus pasiones: sus estancias en el Pirineo Aragonés. Contaba, asimismo, con otras aficiones, destacando, sin duda, su predilección por un buen concierto u ópera —fue admirador confeso del tenor Alfredo Kraus—, a la que se sumaba su faceta de coleccionista de plumas de escribir —muy posiblemente, por influencia paterna, así como del maestro Bujanda— y hasta la deportiva, siendo un gran seguidor, en especial, de todos aquellos deportistas españoles que, ya desde hace tiempo, han venido obteniendo sus mayores logros en el mundo de la raqueta.

En cuanto a su faceta profesional, pocas dudas caben de su buen hacer investigador, que él siempre tuvo como uno de los pilares de todo universitario que se precie: las páginas de libros, capítulos de libros y artículos por él publicados, en las mejores revistas científicas, son incontables, al igual que el número de sus ponencias, habiendo impartido sus clases magistrales en numerosas instituciones, tanto en España como en América latina. La dirección de múltiples proyectos de investigación, su participación en comisiones de valoración, tanto de proyectos como de personas, su presencia en consejos de redacción en múltiples revistas de prestigio —entre ellas, en la que ahora escribo—, así como la obtención de relevantes premios dan fe de una dilatada y consolidada labor investigadora, de la cual querría detenerme, siquiera brevemente, en dos de sus trabajos.

De una parte, su monografía sobre «La Unidad funcional de la Hacienda Pública», obra suya de madurez y de lectura obligatoria para los demás, de las que ya no se escriben y que deja fe de lo que constituye una auténtica aportación al desarrollo del conocimiento en un campo del saber. Y, de otra, el conjunto de manuales referidos a la parte especial del Derecho financiero

y tributario que vino dirigiendo desde comienzos de los años noventa, guardando un especial recuerdo, en particular, de uno de ellos: «Los impuestos en España», publicado por la editorial Aranzadi a lo largo de ocho ediciones, obra ésta que, más allá de un mero resultado, fue la consecuencia última de un método de trabajo en equipo.

Sin embargo, su labor profesional no quedó limitada a lo anterior, pues siempre asumió —y así lo transmitió con habitual reiteración— que «el profesor universitario nunca debía ser como una maceta», encerrado en la permanente burbuja de su despacho. Y qué duda cabe de que fue el primero en dar buen ejemplo de ello. Así, y pasando por alto alguna de sus múltiples ocupaciones —dado que también ejerció como juez—, tres fueron los ámbitos específicos de su actividad que vino a desarrollar extramuros de los despachos universitarios, en concreto, en el Gabinete de estudios de la Asociación Española de Asesores Fiscales, en la Comisión Arbitral del Convenio Económico con Navarra y en el Consejo para la Defensa del Contribuyente.

Cuando conocí a mi maestro, éste ya llevaba muchos años colaborando con la mencionada Asociación profesional, la cual, casualidades de la vida, nació en la ciudad en la que obtuvo su primera cátedra. El último número publicado de la Revista Técnica Tributaria —el número 115, del último trimestre del año 2016— cuenta con su pluma como editorial: «Veinte años del Consejo para la Defensa del Contribuyente (II)». El es, sin duda, parte de su historia.

Fue a finales de 2003 cuando Antonio Cayón —ya retornado a Madrid para ocupar su plaza de Catedrático en la Universidad Complutense— sería designado vocal de la Junta Arbitral regulada en el Convenio Económico entre el Estado y la Comunidad Foral de Navarra, deliberando y resolviendo acerca de los conflictos suscitados entre la Administración Tributaria del Estado y la de la Comunidad Foral, o entre ésta y la Administración de cualquier otra Comunidad Autónoma, en relación con los más diversos asuntos tributarios. Alternaría, en el seno de ella, las funciones de vocal y de presidente, desempeñando sus funciones en la misma hasta prácticamente el último momento.

Finalmente, Antonio Cayón ocupó, durante prácticamente una década, diversos cargos en el Consejo para la Defensa del Contribuyente. Se incorporó a él, en condición de vocal, en el verano de 2006, siendo nombrado presidente del mismo a finales de 2012 y sucediendo con ello, como quinto presidente, a queridos compañeros que le precedieron en el cargo. La enfermedad que padecía, y que, al final, sería determinante en su pérdida, provocó su cese, a petición propia, en los albores del otoño de 2015.

Como el lector habrá tenido la oportunidad de comprobar, se trata, sin duda, de una carrera profesional completa, rica en experiencias y plena de vivencias. A Antonio le quedaba no sólo mucha vida personal de la que disfrutar y hacer disfrutar, sino también muchas cosas por hacer en el campo

profesional, porque ganas y empeño nunca le faltaron. Vino de Madrid, y allí retornó, sin olvidar nunca Zaragoza, con la que siempre mantuvo un lazo indisoluble. Mas, allá donde encaminó sus pasos, siempre tuvo presente, como pauta de comportamiento, el consejo, la enseñanza, que, en su momento, dejara escrita Sáinz de Bujanda en el sentido de ser fiel, en el día a día, a su imperioso deber, eliminando las tareas superfluas para afanarse en cumplir las verdaderamente necesarias.

Podría, sin ningún género de duda, seguir glosando la figura de mi maestro, pero debo ir finalizando, pues él también me enseñó que no es de recibo abusar de las gracias concedidas y que el comedimiento constituye una virtud que debe estar siempre presente en todo buen profesor universitario. De ahí que ponga término a mis palabras, no sin antes expresar, una vez más, en nombre de todos sus discípulos, mi más profundo agradecimiento y cariño hacia su persona, y hacia su figura, la cual siempre tendremos presente en nuestros recuerdos, desmintiendo, con ello, a la muerte, al tiempo y al olvido.

Joaquín ÁLVAREZ MARTÍNEZ

ESTUDIOS

RÉGIMEN DE HABILITACIÓN Y CONTROL ADMINISTRATIVO DE LOS AGENTES COLABORADORES EXTERNOS EN MATERIA INDUSTRIAL, MEDIOAMBIENTAL Y DE EFICIENCIA ENERGÉTICA(*)

ISABEL GONZÁLEZ RÍOS

SUMARIO: I. LA COLABORACIÓN PRIVADA EN ACTIVIDADES PÚBLICAS.– II. DE LA CREACIÓN Y CONTROL DE LAS ENTIDADES DE ACREDITACIÓN: 1. Las entidades de acreditación y la armonización comunitaria 2. La Entidad de Acreditación a nivel nacional: A) La acreditación en seguridad industrial. B) La Entidad Nacional de Acreditación (ENAC): relativización en el control administrativo de su actuación. 3. La acreditación de verificadores medioambientales: A) Régimen especial de acreditación/autorización y supervisión. B) La competencia para acreditar a los verificadores medioambientales a nivel nacional. Un debate jurisprudencial abierto.– III. ORGANISMOS DE EVALUACIÓN DE LA CONFORMIDAD: 1. Los organismos de control: requisitos para ejercer la actividad y régimen de control administrativo. 2. Los verificadores medioambientales: régimen de habilitación y supervisión.– IV. LA PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE MEDIANTE LA CERTIFICACIÓN Y AUDITORIA DE EFICIENCIA ENERGÉTICA: AUGE DE LA COLABORACIÓN PRIVADA: 1. La colaboración público-privada en la mejora de la eficiencia energética. 2. La actividad de certificación de eficiencia energética de los edificios. En especial el certificador energético: A) El certificado de eficiencia energética B. El certificador de eficiencia energética 3. Las auditorías energéticas de grandes empresas A. Marco normativo y sujetos obligados. B) El auditor energético C) La inspección de las auditorías energéticas D) El Registro Administrativo de Auditorías energéticas. 4. Régimen sancionador en relación a la actividad de certificación y auditorías energéticas.– V. CONSIDERACIONES FINALES.– VI. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: Este artículo analiza la colaboración privada en actividades administrativas de control, tales como las acreditaciones, las certificaciones y las auditorías. Más concretamente se aborda el papel que desempeñan las entidades de acreditación, los organismos de evaluación de la conformidad, los verificadores medioambientales y los certificadores y auditores de eficiencia energética, que actúan en ámbitos como la seguridad industrial, la gestión medioambiental y la eficiencia energética. Para ello, prestamos especial atención al régimen de habilitación y a las técnicas de control que se reserva la Administración pública respecto de aquellos agentes colaboradores externos, a fin de clarificar si su actuación cuenta con la suficiente cobertura jurídica.

(*) Trabajo recibido en esta REVISTA el 22 junio 2017 y evaluado favorablemente para su publicación el 19 marzo 2018.

En definitiva, con este artículo ponemos de manifiesto cómo la liberalización en la prestación de servicios y el actual proceso de racionalización de la Administración pública vienen suponiendo un aumento en la colaboración pública-privada; pero, tanto a nivel comunitario como interno, se echa en falta una regulación clara y uniforme sobre los requisitos exigibles a aquella colaboración privada en funciones públicas.

Palabras clave: colaboración público-privada; habilitación; control.

ABSTRACT: This article analyzes the private collaboration in administration activities of control, such as accreditations, certifications and audits. More specifically, this paper looks at the role played by the accreditation entities, the conformity evaluation organisms, the environmental verifiers and the energy efficiency auditors; who act in areas such as industrial health and safety, environmental management and energy efficiency. Accordingly, we pay particular attention to the techniques of qualification and control used by the public Administration regarding external collaborators, in order to clarify if these procedures count with a sufficient juridical scrutiny.

In fact, with this article we show how the liberalization in the provision of services and the current process of rationalization of the public Administration comes assuming the increase in public-private collaborations; however, in both at a Community and internal level, there is a lack of clear and uniform regulation on the requirements expected on that private collaborations in public functions.

Key words: public-private collaborations; qualification; control.

I. LA COLABORACIÓN PRIVADA EN ACTIVIDADES PÚBLICAS

La colaboración privada en actividades públicas adquiere hoy una pluralidad de formas a las que con profusión se ha referido la doctrina (1), y a la que va a contribuir la racionalización administrativa entendida como «adelgazamiento» o reducción de la Administración pública.

La Administración pública tiene encomendada la intervención en la actividad económica y social. Para ello se vale de una pluralidad de instrumentos de regulación (como la autorregulación técnica y las reglamentaciones técnicas (2) aplicables en los productos, en la industria, en la edificación...) y de control (certificaciones, auditorías, inspecciones) en los que la participación privada se está intensificando (3). La satisfacción de los intereses

(1) Sirvan como muestra, A. NOGUEIRA LÓPEZ (2009: 85) y C. PADRÓS I REIG (2009: 251-288).

(2) Sobre esta materia, entre otros: B. LOZANO CUTANDA (2012: 655-656); S. MUÑOZ MACHADO (2006: 1267-1269); M. SÁNCHEZ MORÓN (2017: 672-674); y M. TARRÉS VIVES (2013: 229-250).

(3) Vid., *in totum*, D. CANALS I AMETLLER (2003). J. C. LAGUNA PAZ (2011: 99-106) se refiere a la externalización de actividades administrativas como meras tareas auxiliares o instrumentales de la Administración, y al papel que desempeñan las entidades colaboradoras.

generales (4) debe presidir no solo la intervención administrativa en la actividad de los particulares, sino también, aquella colaboración público-privada. Interés general difícilmente determinable pues depende de la realidad social y económica de cada momento histórico, pero que tradicionalmente se ha venido asociando a la garantía de la seguridad en muy variados aspectos (ciudadana, industrial, de los consumidores y usuarios, etc.) (5). En la actualidad, la clarificación de qué se entienda por interés general tenemos que ponerla en relación con las llamadas «razones imperiosas de interés general» (seguridad pública, protección civil, protección de consumidores y usuarios, protección del medio ambiente, lucha contra el fraude, protección del patrimonio histórico artístico...) a que alude la Directiva 2006/123/CE, de Servicios de la UE y las Leyes 17/2009 de libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio y 20/2013 de unidad de mercado (6). Son dichas razones las que justifican una intervención administrativa en la actividad económica privada y, en algunos casos, la necesidad de colaboración de agentes externos a la propia Administración pública. Es a esta última posición activa de los particulares en las funciones públicas a la que vamos a referirnos.

Así pues, en este estudio queremos centrar nuestra atención en la colaboración que en la actividad administrativa de control realizan personas y entidades privadas para garantizar la protección de la seguridad industrial (7), del medio ambiente (8) y de la eficiencia energética en la edificación (9). Con

(4) El art. 103 de la Constitución Española encomienda a la Administración pública la satisfacción de los intereses generales. Y es precisamente dicha satisfacción la que inspira la mayoría de los principios rectores de la política social y económica, algunos de los cuales se encuentran relacionados con la temática que abordamos en este trabajo (medio ambiente, industria y eficiencia energética), como los que obligan a los poderes públicos a promover: las condiciones favorables para el progreso social y económico y una distribución equitativa de la renta (art. 40 CE); la ciencia y la investigación científica y técnica en beneficio del interés general (art. 44); el uso racional de los recursos naturales (art. 45); la conservación y promoción del patrimonio histórico, cultural y artístico de los pueblos de España (art. 46); o el derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada (art. 47).

(5) Vid. M. SÁNCHEZ MORÓN (2017: 666); y J. ESTEVE PARDO (2017: 359 y ss.).

(6) Art.10.2.b) de la Directiva 2006/123/UE, del Parlamento y del Consejo, de 12 de diciembre, relativa a los servicios en el mercado interior; art. 3.11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, de libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio y art. 5 Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado. Respecto a este último artículo puede consultarse el comentario crítico de M. REBOLLO PUIG (2015: 103 y ss.). Sobre el concepto de intereses generales véase M. SÁNCHEZ MORÓN (2017: 77-79).

(7) Con carácter general, entre otros: M. IZQUIERDO CARRASCO (2000); J. R. FUENTES I GASÓ, J. R. HIDALGO I MOYA Y R. J. MOLES I PLAZA (2001).

(8) L. CASADO CASADO, J. R. FUENTES I GASÓ, J. JARÍA MANZANO, A. PALLARÉS SERRANO (2010); y J. R. FUENTES I GASÓ (2012: 343-360).

(9) I. GONZÁLEZ RÍOS (2011); (2016: 123-152).

dicha colaboración público-privada se pretende evitar o minimizar los riesgos para las personas y bienes que derivan de actividades industriales, proteger el medioambiente como bien colectivo y el ahorro de energía y confort térmico en las edificaciones.

Ahora bien, la colaboración privada con la Administración en actividades de control da lugar a variados problemas (10), entre los que destacan: a) las acreditaciones, certificaciones y auditorías que realizan entidades privadas ¿pueden ser objeto de control administrativo y, en su caso, a qué tipo de control se sujetan?; b) la posible responsabilidad patrimonial en que pueda incurrir la Administración respecto de esas actuaciones privadas que hace suyas o da por válidas (11); c) la exigencia de una buena administración y su consiguiente reflejo en la adopción de decisiones que sirvan con objetividad y eficacia los intereses generales se predica de la Administración pública, pero esas notas se diluyen, cuando no desaparecen, cuando quien debe garantizar los intereses generales es una entidad privada; d) ¿no implicaría la realización de estas actividades de certificación y auditorías técnicas ejercicio de funciones públicas? (12) Con objeto de esclarecer algunos de estos problemas vamos a analizar la actividad de acreditación, de certificación y de auditoría, en ámbitos diferenciados pero interrelacionados como el de la seguridad industrial, la protección ambiental y la eficiencia energética; refiriéndonos a los últimos pronunciamientos jurisprudenciales en la materia. Se trata de dilucidar la relación que con la Administración pública tienen las entidades de acreditación, los verificadores medioambientales y los certificadores y auditores de eficiencia energética. Para ello prestamos especial atención al régimen de habilitación de dichas entidades en el contexto de liberalización en la prestación de servicios que impone la Directiva 2006/123/CE, de Servicios de la UE (13).

II. DE LA CREACIÓN Y CONTROL DE LAS ENTIDADES DE ACREDITACIÓN

1. Las entidades de acreditación y la armonización comunitaria

La Unión Europea (UE), con el objeto de armonizar las regulaciones de los Estados miembros en materia de acreditación, reguló esta materia por primera

(10) L. CASADO CASADO (2013: 186), plantea la necesidad de regular el régimen jurídico aplicable a las entidades colaboradoras, así como, su relación con los particulares y la propia Administración.

(11) En este tema puede consultarse S. GONZÁLEZ VARAS IBAÑEZ (2004: 399-424).

(12) J. CANTERO MARTÍNEZ (2011: 627-649); D. CANALS I AMETLLER (2003), y F. SAINZ MORENO (1983:1778-1796).

(13) En esta materia, vid. S. MONTESERIN HEREDIA (2016) y L. COSCULLUELA MONTANER (2016: 103-120).

vez en el Reglamento (CE) 765/2008, de 9 de julio, por el que se establecen los requisitos de acreditación y vigilancia del mercado relativos a la comercialización de los productos (14). El objetivo de este Reglamento es asegurar que los productos comercializados en el mercado de la Unión Europea cumplan requisitos que proporcionen un elevado nivel de protección de la salud y la seguridad, protección de los consumidores y protección del medio ambiente, para lo que es necesario la regulación de un sistema de acreditación de los organismos de conformidad (15), a los que nos referimos en posterior epígrafe. A tal efecto esta norma se refiere al organismo nacional de acreditación, como organismo único de un Estado miembro con potestad pública para llevar a cabo acreditaciones. Siendo la acreditación una declaración oficial de que un organismo de evaluación de la conformidad cumple con los requisitos exigidos en normas armonizadas para ejercer actividades destinadas a determinar si se cumplen los requisitos específicos relativos a un producto, un proceso, un servicio, un sistema, una persona o un organismo (16).

La relevancia que presenta la acreditación lleva al Reglamento comunitario a imponer varias condiciones a los Estados miembros respecto a los organismos de acreditación (17). La primera, es que no deben mantener más de un organismo nacional de acreditación (18) y deben velar porque se organice de forma que se preserve la objetividad e imparcialidad de sus actuaciones; la segunda, exige que cuando la acreditación no se realice por autoridades públicas, deben velar porque se dote a los organismos nacionales de acreditación de autoridad pública para el ejercicio de la actividad de acreditación, con independencia de su régimen jurídico; y, la tercera, es que deben prestar

(14) Ahora bien, el Reglamento dispone que los productos que cuenten con una regulación especial respecto a su vigilancia en el mercado, aplicarán esta de forma preferente en virtud de la «*lex specialis*» (p. ej., productos sanitarios, medicamentos de uso humano y veterinario, vehículos a motor...). Por otra parte, las características específicas del régimen de comercio de gases de efecto invernadero ha llevado a la aprobación del Reglamento (UE) 600/2012, de 21 de junio, relativo a la verificación de los informes de emisiones de gases de efecto invernadero y de los informes de datos sobre toneladas-kilómetro y a la acreditación de verificadores de conformidad con la Directiva 2003/87/CE, que contiene una regulación especial para la acreditación de verificadores en este concreto sector.

(15) Considerando 47 y art. 1 del Reglamento (CE) 765/2008, de 9 de julio, por el que se establece los requisitos de acreditación y vigilancia del mercado relativos a la comercialización de los productos. Al respecto puede consultarse V. ÁLVAREZ GARCÍA (2018).

(16) Estos organismos de evaluación de la conformidad desempeñan actividades de calibración, ensayo, certificación e inspección (art. 2 del Reglamento (CE) 765/2008, Considerando 8°).

(17) Arts. 4, 8, 9 y Considerandos 15 y 21 del Reglamento (CE) 765/2008.

(18) No obstante, el Considerando 11 del Reglamento (CE) 765/2008 establece que la creación de un Organismo nacional uniforme debe hacerse sin perjuicio del reparto de funciones en el seno de los Estados miembros.

apoyo al buen funcionamiento del sistema de acreditación, controlar regularmente a sus organismos nacionales de acreditación y, en su caso, adoptar las medidas correctoras necesarias en un plazo razonable.

Respecto al funcionamiento y control de la actuación del organismo nacional de acreditación, el propio Reglamento comunitario regula una supervisión en cascada: una evaluación a nivel de UE —a través de la Cooperación Europea para la Acreditación (CEA)— y el posterior control por parte del Estado miembro; a lo que se sumaría la inspección que debe realizar dicho organismo nacional respecto de la actividad realizada por los organismos que haya acreditado (19).

En consecuencia, la UE exige que el organismo nacional de acreditación sea único, esté dotado de autoridad pública y sujeto a un control regular por parte del Estado, que tendrá en cuenta la evaluación que de su actividad se realice por un organismo comunitario —la CEA—. Estas exigencias impuestas por el Derecho comunitario plantean varios problemas jurídicos. El primero, el encaje que la designación de un único organismo nacional de acreditación tiene con la distribución de competencias en materia de industria y medio ambiente.

(19) En este sentido, el citado Reglamento comunitario regula el funcionamiento de la acreditación, cuyo procedimiento se inicia con la presentación de una solicitud por un organismo de evaluación de la conformidad. El organismo nacional de acreditación evaluará si ese organismo es competente para ejercer una actividad específica de evaluación de la conformidad y si así fuese emitirá una certificación de acreditación. *A posteriori*, el organismo nacional de acreditación controlará a los organismos de evaluación de la conformidad a los que haya expedido el certificado y si resultara que ya no es competente para ejercer esa actividad o que ha cometido un incumplimiento grave de sus obligaciones, adoptará, dentro de un plazo razonable, todas las medidas apropiadas para limitar, suspender o retirar el certificado de acreditación. Contra decisiones de acreditación o ausencia de las mismas, los *Estados miembros* establecerán procedimientos, incluidas medidas legales, para la resolución de los recursos presentados (art. 5.5). Es más, los *organismos nacionales de acreditación* contarán con los procedimientos necesarios para ocuparse de las reclamaciones relativas a los organismos de evaluación que hayan acreditado [art. 9.4 del Reglamento (CE) 765/2008]. Así pues, las decisiones del organismo nacional de acreditación se impugnarían mediante procedimientos establecidos por los Estados, se entiende que ante la Administración competente, mientras que las reclamaciones frente a actuaciones de los organismos de evaluación acreditados se resolverían por el organismo nacional de acreditación. Por otro lado, los propios organismos nacionales de acreditación están sujetos a evaluación por pares (art. 10.7 del Reglamento (CE) 765/2008) facilitada por un organismo, que deberá celebrar un acuerdo con la Comisión. El primer organismo reconocido por el Reglamento (CE) 765/2008 es la Cooperación Europea para la Acreditación —CEA— (art. 14). La evaluación que realice este organismo —la CEA— será tenida en cuenta por los Estados miembros cuando efectúen el control del Organismo Nacional de Acreditación. Si de ese control resulta que dicho Organismo no cumple los requisitos y obligaciones que marca el Reglamento (CE) 765/2008, adoptará las medidas correctoras adecuadas o garantizará que se adopten tales medidas, informando de ello a la Comisión (art. 9). Contra las decisiones adoptadas a consecuencia de la evaluación por pares existirán procedimientos adecuados de recursos (art. 10.4).

El segundo, la propia naturaleza jurídica de esas entidades nacionales de acreditación dotadas de «autoridad pública», lo que no puede por menos que remitirnos a algún tipo de organismo público vinculado o dependiente de una Administración pública o a la categoría de organismo independiente. En cualquier caso, entidades integrantes del sector público (20). En tercer lugar, cómo se arbitra el sistema de control, por un lado, de las resoluciones de comprobación que realice el Estado de esta entidad nacional de acreditación; por otro lado, de las resoluciones de acreditación o no que emita la entidad nacional de acreditación; y por último, respecto a las decisiones que finalmente adopten los organismos de evaluación acreditados que afecten a particulares o empresas.

2. La Entidad de Acreditación a nivel nacional

A) La acreditación en seguridad industrial

A nivel nacional la regulación de las entidades de acreditación surge vinculada a la acreditación de organismos de control en el ámbito de la seguridad industrial. A estas entidades se refiere el art. 17 de la Ley de Industria de 1992 (21), que las define como instituciones sin ánimo de lucro, de ámbito nacional, que se constituyen para verificar el cumplimiento de condiciones y requisitos técnicos exigidos para el funcionamiento de organismos de control (22). Se impone la necesidad de que garanticen la imparcialidad y competencia técnica en sus intervenciones. Además, en sus órganos de gobierno deben estar representadas tanto las Administraciones como las partes interesadas en el proceso de acreditación; previéndose su inscripción en el Registro Integrado Industrial, que realizará de oficio la Administración que las designe.

Los requisitos para su constitución se remiten al reglamento, respetando las normas comunitarias (art. 17.3 de la Ley de Industria) (23). Esta remisión

(20) No es este el enfoque que la normativa interna ha dado a la entidad nacional de acreditación, a la que, si bien le ha atribuido «potestad pública» para otorgar acreditaciones, sus Estatutos la configuran como una Asociación. Al mismo tiempo que el art. 17.2 de la Ley de Industria impone que en sus órganos de gobierno estén representados, de forma equilibrada, tanto «las Administraciones como las partes interesadas en el proceso de acreditación».

(21) Ley 21/1992, de 16 de julio, de Industria.

(22) Este concepto se introduce por la Disposición Final 3ª de la Ley 32/2014, de 22 de diciembre, de Metrología con el fin de adoptar el concepto recogido en el Anexo de definiciones que incluye la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado. Dicha definición coincide con la que incorpora el Reglamento (CE) 765/2008 (art. 2.10).

(23) En cualquier caso, solo podrán actuar en el ámbito de la seguridad industrial «aquellas entidades de acreditación que hayan sido informadas positivamente por el Consejo de Coordinación de la Seguridad Industrial, por una mayoría de 3/5 de sus miembros» (art. 17.4 de la Ley de Industria). El Consejo de Coordinación de la Seguridad Industrial se regula en

al reglamento hemos de entenderla realizada en un primer momento al Real Decreto 2200/1995 (24) que regula la infraestructura para la calidad y seguridad industrial. Este Reglamento tiene por objeto establecer los requisitos de organización y funcionamiento que deben cumplir los agentes, públicos y privados, que constituyen la infraestructura para la calidad y la seguridad industrial (art. 1) (25). En la citada infraestructura común de calidad y seguridad industrial se integran los organismos de normalización y las entidades de acreditación. Estas últimas realizan el reconocimiento formal de la competencia técnica de una entidad para la evaluación de la conformidad tanto en materia de calidad como de seguridad industrial, dando un paso más respecto de lo permitido por la Ley de Industria que ciñe la actividad de acreditación a la seguridad industrial. A dichas entidades de acreditación se referían los arts. 14 a 19, con una completa regulación sobre el procedimiento de designación de las mismas; sin embargo, dichos artículos han sido derogados por el Real Decreto 1715/2010, por el que se designa a la Entidad Nacional de Acreditación, para dar cumplimiento a lo dispuesto en el Reglamento (CE) 765/2008. Así, si bien la Ley de Industria admitía una pluralidad de entidades de acreditación, el Real Decreto 1715/2010, como veremos a continuación, ajusta la regulación interna a las exigencias del derecho derivado de la UE. Este nuevo Reglamento interno, y la forma en que da cumplimiento al derecho comunitario, ha sido objeto de un conflicto competencial que pone de relieve, como pocos, la dificultad que entraña subordinar el cumplimiento de dicho derecho a la distribución interna de competencias, sobre todo, en materias que gozan de una fuerte armonización comunitaria.

B) La Entidad Nacional de Acreditación (ENAC): relativización en el control administrativo de su actuación

El vigente Real Decreto 1715/2010 procede a designar una única entidad nacional de acreditación, dotada de potestad pública para otorgar acreditaciones (artículo único), función que ya desempeñaba a nivel interno la ENAC (26),

el art. 18 de la Ley de Industria de 1992 y en el Real Decreto 251/1997, de 21 de febrero que aprueba el Reglamento del Consejo de Coordinación de la Seguridad Industrial, que se encuentra adscrito al actual Ministerio de Economía, Industria y Competitividad.

(24) Real Decreto 2200/1995, de 25 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de Infraestructura para la calidad y la seguridad industrial, modificado, entre otros, por el Real Decreto 1072/2015, de 27 de diciembre.

(25) G. FERNÁNDEZ FARRERES (1998:43-60).

(26) La ENAC cuenta con un Presidente nombrado por la Administración pública, más concretamente por el Consejo de Coordinación de la Seguridad Industrial, ostentando dicho cargo el Subdirector General de Calidad y Seguridad Industrial del Ministerio de Economía, Industria y Competitividad; así como, con una Asamblea General en la que están representadas

que —como indica el preámbulo de esta norma— venía actuando en sectores como: la industria, las telecomunicaciones, la sanidad, la agricultura, el fomento y el medio ambiente.

Una vez verificado que su designación se realiza por Real Decreto del Consejo de Ministros, procede determinar los mecanismos de supervisión que se reserva el mismo. Para ello hay que tener en cuenta que el régimen de funcionamiento de la ENAC se contiene en sus Estatutos y Reglamento de Régimen interno, aprobados en 2014 (27), en los que se ha previsto un sistema de recursos internos, frente a cuyas resoluciones solo cabe acudir a la vía jurisdiccional. No se determina la Jurisdicción competente (28), ni tampoco se ha establecido alguna especie de recurso de alzada impropio ante la Administración estatal que procedió a su designación. Tan solo encontramos en el art. 42.5 del Real Decreto 2200/1995 la posibilidad de que el organismo de control al que se le deniegue la acreditación pueda reclamar ante la ENAC. Y ello, a pesar de que el Reglamento (CE) 765/2008 se refiere de forma expresa a que los Estados miembros deben establecer procedimientos, y medidas legales, para la resolución de los recursos contra decisiones de acreditación o ausencia de la misma, diferenciando esta vía de recurso de los procedimientos internos de recursos de los que deben proveerse las entidades nacionales de acreditación frente a las reclamaciones relativas a los organismos de evaluación acreditados. Entendemos que lo que la UE exige de los Estados miembros es un sistema de recursos gubernativos contra las actuaciones de acreditación que realiza la ENAC. Esto no parece que lo supla la previsión reglamentaria de poder reclamar ante la propia ENAC. El hecho de que la entidad nacional de acreditación se someta a un control por pares a nivel comunitario, no debería excluir toda posibilidad de recurso interno contra sus decisiones ante la Administración que la designa. Este tipo de recursos vendría a garantizar un control efectivo sobre la actuación de la

las Administraciones públicas, las entidades acreditables y las empresas. Esta Entidad se financia por las cuotas de los asociados, los ingresos obtenidos con la actividad de acreditación y con subvenciones a cargo de los Presupuestos Generales del Estado, según se indica en sus Estatutos aprobados en junio de 2014.

(27) Los Estatutos de la ENAC disponen que los acuerdos de la Comisión de Acreditación que denieguen, suspendan y/o retiren la acreditación pueden ser recurridos ante el Comité de Recursos, cuyas decisiones solo serán recurribles en vía jurisdiccional (apartados 49° y 5°). El régimen interno de recursos se desarrolla en el Reglamento de Régimen Interno de 2014 (apartados 38° y 39°), que determina un plazo de interposición de 30 días naturales desde el día siguiente a la comunicación al interesado del Acuerdo. El recurso debe resolverse en el plazo máximo de 30 días naturales desde su interposición. Contra esta resolución no cabe ningún recurso interno.

(28) No obstante, cuando los Estatutos de la ENAC aluden al régimen general de recursos (art. 49) sí se refiere a la Jurisdicción Civil, como corresponde con su naturaleza jurídico-privada.

entidad de acreditación, permitiendo, en su caso, adoptar medidas correctoras respecto de esta entidad —como las que pueden derivar de la evaluación por pares—, sin perjuicio de que dichas medidas puedan ser susceptibles de recurso como exige el Reglamento (CE) 765/2008.

En definitiva, a nivel interno la normativa reguladora de industria ha impuesto la designación de la ENAC, por Real Decreto del Consejo de Ministros, como organismo único de acreditación, dotado de potestad pública para emitir acreditaciones, sin ánimo de lucro y requiriéndose su inscripción en el Registro Integrado Industrial, previo informe del Consejo de Coordinación de la Seguridad Industrial. En dicha entidad estarán representadas las Administraciones y partes interesadas en la acreditación (29). No obstante, echamos en falta en esta regulación la previsión de los mecanismos administrativos de control sobre la ENAC y las posibles medidas correctoras a adoptar, siguiendo las evaluaciones de la CEA (30). Contrasta esta regulación con la más detallada que contenía el Real Decreto 2200/1995, donde la designación de entidades de acreditación se sujetaba a control de la Administración que las designaba, regulando su art. 19 el sistema de control de su actuación con apoyo en una memoria de actividad y memoria económica auditada.

3. La acreditación de verificadores medioambientales

A) Régimen especial de acreditación/autorización y supervisión

La figura de los verificadores medioambientales (31) viene regulada en el Reglamento (CE) 1221/2009, relativo a la participación voluntaria de organizaciones en un sistema comunitario de gestión y auditoría medioambiental (EMAS III) (32). Este sistema de gestión puede ser implantado con carácter voluntario por organizaciones dentro y fuera de la Comunidad. En su aplicación desempeña un importante papel el verificador medioambiental que requiere de una acreditación o autorización para ejercer su actividad.

(29) No olvidemos que los Estatutos de la ENAC, aprobados en 2014, la configuran como una asociación, determinando que le es aplicable, entre otras normas, la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación. Esta Ley orgánica casa mal con el régimen de constitución y funciones de dicha entidad.

(30) Ello sin perjuicio del ejercicio de la potestad sancionadora si incurre en alguna de las infracciones tipificadas en la Ley de Industria, y en especial, por infracción grave si realiza una acreditación improcedente (art. 31.2 K) de la Ley de Industria).

(31) Sobre los verificadores medioambientales, vid. B. LOZANO CUTANDA (2012: 669 y ss.).

(32) Reglamento (CE) 1221/2009, de 25 de noviembre, del Parlamento y del Consejo, relativo a la participación voluntaria de organizaciones en un sistema comunitario de gestión y auditoría medioambiental (EMAS III).

El Reglamento EMAS III viene a completar el marco general de la acreditación recogido en el Reglamento (CE) 765/2008, estableciendo normas más específicas. A tal efecto, contiene una regulación propia sobre los organismos de acreditación o autorización de los verificadores medioambientales. Así, según se deduce de lo dispuesto en el art. 28, los verificadores medioambientales serán acreditados por el organismo nacional de acreditación —único— que designe el Estado (33); ahora bien, cuando el Estado miembro decida no usar acreditación (art. 5.2 del Reglamento comunitario 765/2008), podrá designar un organismo de autorización que será el responsable de autorizar y supervisar a los verificadores medioambientales. Esta redacción permite dos interpretaciones: la primera, que el Estado miembro puede optar por aplicar ambos sistemas, el de acreditación o el sistema de autorización, pudiendo ambos coexistir; la segunda, que el Estado debe aplicar el sistema de acreditación, pero que si no lo aplica puede utilizar la autorización, como sistemas alternativos, aplica uno u otro de forma excluyente. El sistema de autorización, por la remisión que realiza el art. 28 al art. 5.2 del Reglamento 765/2008 parece que solo procede en defecto de un sistema de acreditación nacional (34); por lo que cobra más fuerza la segunda interpretación. Ahora bien, lo dispuesto en este art. 28, así interpretado, plantea problemas de encaje con la propia definición de verificadores medioambientales —recogida en el art. 2.20 del Reglamento EMAS III—. Y ello porque esa definición distingue dos tipos de verificadores medioambientales (35), los acreditados (que serán organismos de evaluación de la conformidad o una agrupación de los mismos) y los autorizados (o sea, las personas físicas o jurídicas o agrupaciones de las mismas), de forma que la elección del sistema de habilitación condiciona el sujeto habilitado. Esta interpretación plantea además el problema de que aquellos Estados que opten por un sistema de autorización, al habilitar a organismos de evaluación de la conformidad, deben proceder como indica el art. 5.2 del Reglamento 765/2008, o sea, facilitando a la Comisión y al resto de Estados miembros todas las pruebas documentales necesarias para verificar la competencia «*del organismo de evaluación de la conformidad que seleccione*» (sic) para la aplicación de la normativa comunitaria de armonización. Quedará en manos de la

(33) V. ÁLVAREZ GARCÍA (2015) ha sostenido la recentralización de competencias a favor del Estado en detrimento de las CCAA, que se deduce del derecho comunitario en materia de designación de una única entidad nacional de acreditación de verificadores ambientales. Esta «recentralización» —como veremos— ha sido negada por el Tribunal Constitucional en su sentencia 141/2016. Así lo ha puesto de manifiesto el mismo autor analizando las incoherencias de esta doctrina constitucional a la luz del propio derecho de la UE (2017).

(34) Es más, del Considerando 3º del Reglamento 765/2008 se deduce el carácter preferente que debe tener el sistema de acreditación, lo que quedaría corroborado por la regulación *in extenso* que realiza dicha norma centrada en dicho sistema de acreditación.

(35) Así lo ha sostenido R.J. SANTAMARÍA ARINAS (2013: 293-342).

Comisión y resto de Estados miembros la verificación final de la competencia del citado organismo, previa aportación de las oportunas pruebas documentales (36). Se establece un sistema de control comunitario de las autorizaciones otorgadas por los Estados miembros (37).

Así pues, el Reglamento EMAS III permite utilizar un sistema de acreditación o autorización de verificadores medioambientales, regulando el procedimiento para obtener estas habilitaciones y prestando especial atención al sistema de supervisión y a la retirada o suspensión de las mismas (38). A su vez, el citado Reglamento comunitario crea el Foro de Organismos de Acreditación

(36) Así parece también corroborarlo el Considerando 3º del Reglamento 765/2008 en el que se dispone que cuando la legislación comunitaria prevea la selección de organismos de evaluación para su aplicación, los Estados miembros deben optar preferentemente por el sistema de acreditación. Ahora bien, si la autoridad nacional considera que dispone de medios suficientes para realizar dichas evaluaciones, para garantizar la credibilidad de las mismas, debe aportar a la Comisión y demás Estados miembros las pruebas documentales necesarias de que los «organismos de evaluación de la conformidad evaluados cumplen con los requisitos reglamentarios pertinentes».

(37) Al respecto, resulta cuanto menos paradójico que el control que realiza la UE y los Estados miembros de las autorizaciones de verificadores medioambientales en base al art. 5.2 del Reglamento (CE) 765/2008 se torne —en una interpretación que va más allá de su tenor literal— en un control de credibilidad de la «autoridad nacional» que realiza la autorización de los verificadores medioambientales. Así lo ha establecido el Reglamento comunitario 600/2012 relativo a la acreditación de verificadores en el ámbito del comercio de emisiones de gases de efecto invernadero. Este Reglamento —cuando se remite al citado art. 5.2— obliga al Estado miembro que opte por el sistema de autorización de verificadores personas físicas a la aportación de *pruebas documentales de que la autoridad nacional designada cuenta con un nivel de credibilidad similar a la de los organismos de acreditación evaluados por pares* por la Unión Europea (Considerando 3º, y en similares términos el art. 54, apdo.2º y 3º, del Reglamento (CE) 600/2012, de 21 de junio). Aquella exigencia comunitaria viene a quebrar la legitimidad del sistema interno de autorización. Ya no basta con el reconocimiento legal de esa potestad autorizatoria, sino que se exige un plus de verificación por la UE; pero es que además, esa acreditación mediante prueba documental de que la autoridad tiene una credibilidad similar a la de los organismos nacionales de acreditación que han superado la evaluación por pares comunitaria, contradice las propias exigencias comunitarias que derivan del Reglamento marco 765/2008 que, por una parte, permite implantar un sistema de acreditación por las autoridades nacionales, y por otra, impone que cuando se utilicen organismos nacionales de acreditación se les dote de autoridad pública, ausencia de fines lucrativos e independencia, cualidades todas que ya concurren en las autoridades nacionales. Ello sin perjuicio de su posible sometimiento a la evaluación por pares que desempeña el organismo Cooperación Europea para la acreditación.

Esta interpretación consideramos que excede el tenor literal del art. 5.2 del Reglamento (CE) 765/2008 que alude a pruebas documentales para verificar la competencia del «organismo de evaluación de conformidad», no de la autoridad competente para realizar la autorización.

(38) Los arts. 20.1 y 28.4 se refieren al procedimiento para la concesión de la acreditación o autorización; por su parte, el procedimiento de supervisión viene regulado en los arts. 23, 24, 28.9 y 29, todos del Reglamento EMAS III.

y Autorización de todos los Estados miembros, que además de garantizar la coherencia de los procedimientos de acreditación/autorización y su supervisión, tiene funciones de evaluación por pares de las normas y procedimientos en dicha materia, realizando un informe que se remitirá a la Comisión. Esta evaluación por pares difiere de la que realiza la CEA —dirigida a la actividad de los organismos de acreditación—. No obstante, en ambos casos se observa un reforzamiento de las técnicas de control y supervisión que ejerce la UE respecto de la actividad realizada por las entidades de acreditación, con carácter general, y de la más específica desempeñada por aquellas o por organismos de autorización respecto de los verificadores medioambientales.

Se asiste a un proceso de armonización a nivel de la UE en materia de acreditación, que consideramos que no debe suponer una merma de los controles internos respecto de las entidades de acreditación y de los organismos acreditados. Así, aunque el Reglamento EMAS III no se pronuncia de forma expresa sobre el control de los organismos de acreditación/autorización por parte del Estado, estimamos que el expreso reconocimiento que se realiza en el considerando 20 de dicho Reglamento comunitario de que el Reglamento (CE) 765/2008 establece el marco global para la acreditación y que el Reglamento EMAS III lo complementa, debe llevar a la aplicación —en el ámbito de la acreditación de verificadores medioambientales— de los controles por parte del Estado a que se refiere el art. 9 del Reglamento (CE) 765/2008.

B) La competencia para acreditar a los verificadores medioambientales a nivel nacional. Un debate jurisprudencial abierto

El Reglamento (CE) 1836/1993, de 29 de junio (el denominado EMAS I), reguló la figura de los verificadores medioambientales. Para la aplicación de este Reglamento comunitario se aprobó a nivel interno el Real Decreto 85/1996, de 26 de enero, cuyo art. 2 habilitaba al Estado y a las Comunidades Autónomas para designar entidades de acreditación de verificadores medioambientales (39), que debían cumplir las condiciones y requisitos del Real Decreto 2200/1995 (Reglamento de la infraestructura para la calidad y seguridad industrial); o sea,

(39) En el marco de la normativa comunitaria sobre un sistema de gestión y auditoría medioambiental, la mayoría de las comunidades autónomas han designado a la ENAC como entidad de acreditación de verificadores medioambientales, sin perjuicio de reconocer la competencia autonómica para reconocer otras entidades de acreditación, en normativa dictada con anterioridad al Reglamento comunitario 765/2008. En este sentido, pueden consultarse: el Decreto 55/99, de 2 de marzo (D.F. 1^º) de Andalucía; el Decreto 185/1999, de 17 de junio, de la Comunidad Autónoma de Galicia (art. 9); el Decreto 110/2001, de 28 de noviembre, de Cantabria (D. T. Única); el Decreto 35/2002, de 8 de abril, de la comunidad autónoma de Canarias (art. 7); el Decreto 25/2003, de 27 de febrero de la comunidad autónoma de Madrid (art. 6); el Decreto 16/2005, de 1 de febrero, de Castilla-La Mancha (art. 13), entre otros.

se asimilaban los verificadores medioambientales a los organismos de evaluación de la calidad y la seguridad industrial. En la Disposición final Segunda se designaba a ENAC como Entidad Nacional de Acreditación de verificadores medioambientales. Estos dos artículos se declararon inconstitucionales por la STC 33/2005, de 17 de febrero, tras un conflicto de competencias planteado por la Generalitat de Cataluña, por vulnerar la distribución de competencias en materia de medioambiente. Así, el Tribunal sostiene que «la actividad de reconocimiento y consiguiente designación de entidades de acreditación únicamente consiste en la constatación del cumplimiento de los requisitos que se les exigen para tener tal condición, lo cual, sin duda alguna, se inscribe en el ámbito de la función ejecutiva o aplicativa» (fundamento jurídico 10), atribuida a las comunidades autónomas (40). El Alto Tribunal concluye sosteniendo que competencialmente son las comunidades autónomas las que pueden designar, con independencia de su proyección en el ámbito comunitario, a las entidades de acreditación de verificadores medioambientales (41).

Con posterioridad a este Real Decreto de 1996 y a la STC 33/2005 se dictan dos normas comunitarias con incidencia en la materia. Por una parte, el Reglamento (CE) 765/2008 que establece la constitución de un único organismo nacional de acreditación en los Estados miembros (art. 4); y, por otra parte, el más específico Reglamento (CE) 1221/2009 que dispone que los organismos de acreditación designados por los Estados miembros de conformidad con el art. 4 del Reglamento (CE) 765/2008 «serán responsables de la acreditación de verificadores medioambientales y de la supervisión de las actividades realizadas...» (art. 28). En consecuencia, la UE ha dispuesto la exigencia de que exista un único Organismo Nacional de Acreditación y que sea éste el que realice la acreditación de los verificadores medioambientales.

Siguiendo esta interpretación, España aprueba el Real Decreto 1715/2010, de 17 de diciembre, por el que se designa a la Entidad Nacional de Acre-

(40) Vid. B. LOZANO CUTANDA (2012: 672-673).

(41) Concretamente el Tribunal Constitucional afirma que «el hecho de que las comunidades autónomas puedan adoptar decisiones que puedan afectar o tener consecuencias fuera de los límites territoriales, como es el hecho de designar entidades de acreditación medioambientales, cuyas acreditaciones pueden tener efectos en otras comunidades autónomas, no puede llevar a despojar a las comunidades autónomas de competencias propias, en este caso de gestión, o sea, de ejecución medioambiental. El hecho de que la acreditación que realizan las comunidades autónomas tenga efectos a nivel comunitario no conlleva que sea el Estado el que designe esas Entidades de Acreditación puesto que la aplicación del Derecho comunitario y la transposición de Directivas no debe alterar la distribución de competencias, como es doctrina habitual del Tribunal Constitucional».

La sentencia cuenta con un voto particular que mantiene que el Estado debe conservar competencias de ejecución o de supervisión en virtud del art. 93 CE, cuando la materia tenga conexión comunitaria.

ditación (42). Este Reglamento dispone que la obligación de designación de un único organismo nacional de acreditación que impone el art. 4.1 del Reglamento (CE) 765/2008 se extiende a los verificadores medioambientales, tal como se desprende del art. 28 del Reglamento (CE) 1221/2009 (43). En la misma línea, más tarde se aprueba el Real Decreto 239/2013 para la aplicación del Reglamento comunitario EMAS III (44), el cual prevé que los verificadores medioambientales «deberán obtener acreditación de la Entidad Nacional de Acreditación, organismo nacional de acreditación designado por el Real Decreto 1715/2010, de 17 de diciembre», al que también corresponde la supervisión de los verificadores medioambientales acreditados en España o en otro Estado miembro que actúen en territorio nacional (art. 11.1 y 12.1 del Real Decreto 239/2013).

Los Reales Decretos 1715/2010 y 239/2013 han sido objeto de sendos conflictos positivos de competencias. El primero de dichos conflictos se ha resuelto por la STC 20/2014, de 10 de febrero (45), mientras que el relativo al Real Decreto 239/2013 lo ha sido por la STC 141/2016, de 21 de julio (46). En la STC 20/2014, el Tribunal Constitucional considera que el objeto del Real Decreto 1715/2010, es la «acreditación de organismos de evaluación de conformidad distintos de los verificadores medioambientales» y el título habilitante es el art. 149.1.13 CE, por lo que considera constitucional la designación que realiza de la ENAC como entidad única de acreditación.

Por lo que respecta a la impugnación del Real Decreto 239/2013, el Tribunal Constitucional ha resuelto el conflicto de competencias planteado por la Generalitat de Cataluña en su STC 141/2016, centrando el núcleo de la controversia en la previsión que contiene dicho Reglamento de que los verificadores medioambientales deberán ser acreditados por la ENAC (art. 11.2)

(42) B. LOZANO CUTANDA (2012: 469), sostiene que para compatibilizar la exigencia que deriva del Reglamento CE 765/2008 y de la doctrina sentada en la STC 33/2005 se debe optar por crear un organismo de acreditación compuesto por representantes de las comunidades autónomas, o bien, estas deben reconocer un único organismo nacional de acreditación.

(43) Efectivamente, el art. 28.1 del Reglamento EMAS impone, de forma imperativa, que los organismos de acreditación designados por los Estados miembros de conformidad con el art. 4 del Reglamento 765/2008 serán los responsables de la acreditación de verificadores medioambientales y de su supervisión.

(44) Real Decreto 239/2013, de 5 de abril, por el que se establecen normas para la aplicación del Reglamento EMAS de 2009.

(45) STC 20/2014, de 10 de febrero (Pte. F. Valdés Dal-Ré). Esta sentencia se dicta como consecuencia del conflicto positivo de competencia interpuesto por la Generalitat de Cataluña contra el Real Decreto 1715/2010 por cuanto considera que la designación de ENAC como único organismo nacional de acreditación de verificadores medioambientales invade la competencia ejecutiva de la Generalitat.

(46) Vid., *in totum*, V. ÁLVAREZ GARCÍA (2015) y (2017).

y referencias conexas. Al respecto, reitera la doctrina sentada en la STC 33/2005, de que la regulación de los verificadores medioambientales presenta una conexión más estrecha con la materia medio ambiente, que con la de industria, prevaleciendo dicho título competencial (art. 149.1.23 CE). De ello deduce que la designación de verificadores medioambientales pertenece al ámbito de las competencias ejecutivas autonómicas, por lo que anula la atribución en exclusiva a la ENAC de dicha designación. Concluye el Alto Tribunal señalando que el Real Decreto 239/2013 no ha conciliado «...en la mayor medida posible, el orden interno de distribución de poderes, por un lado, y el cumplimiento pleno y tempestivo de las obligaciones del Estado en el seno de la Unión, por otro». Por consiguiente, apela al legislador, en virtud del principio de colaboración y cooperación, a que explore la forma de hacer compatible el régimen de distribución de competencias con las exigencias derivadas del Derecho de la Unión. Mientras tanto, declara inconstitucional la atribución en exclusiva a la ENAC de la acreditación de verificadores medioambientales y las referencias conexas (la obligación de inscripción de los verificadores en el Registro Integrado Industrial, la competencia de ENAC para supervisar la actividad de los verificadores y para renovar las acreditaciones) (47).

El problema de la designación del organismo de acreditación de verificadores medioambientales queda, pues, sin resolver. Deberán ser las comunidades autónomas las competentes para designar un único organismo de acreditación nacional, valiéndose de fórmulas de cooperación y concertación entre éstas y el Estado —como garante del cumplimiento del derecho de la Unión Europea—.

(47) La STC 141/2016, de 21 de julio, de forma cuestionable, en contra del propio tenor literal del art. 4.1 del Reglamento (CE) 765/2008, pone en duda que dicho Reglamento exija la existencia de un único organismo nacional de acreditación, y aún en este caso, niega que esa designación deba hacerse por el Estado. Este cuestionamiento parece absurdo por cuanto las referencias —de que se vale el Tribunal— que hace el propio Reglamento comunitario, como alusiones en plural a los organismos nacionales de acreditación, no es más que algo consustancial a un Reglamento comunitario que va a ser aplicable en una pluralidad de Estados miembros, no porque admita una pluralidad de organismos nacionales de acreditación en un Estado. Y ello, porque eso contrasta con la imperativa exigencia del art. 4.1 del Reglamento (CE) 765/2008 de que «cada Estado designará un único organismo nacional de acreditación». Tampoco el argumento de que el Reglamento EMAS III permita optar por un sistema de acreditación o de autorización, lo que permitiría en este último caso la existencia de varios organismos de autorización, anula la exigencia impuesta por el Reglamento (CE) 765/2008. Cuestión distinta es que, efectivamente esa designación de un único organismo, al aplicar el régimen interno de distribución de competencias, no corresponda al Estado, por lo que habrían de habilitarse mecanismos de cooperación entre las comunidades autónomas; o que pueda admitirse, de conformidad con el Reglamento (CE) 1221/2009, la habilitación de verificadores medioambientales a través del sistema de acreditación único o mediante autorización.

Al respecto de esta materia puede consultarse el Dictamen 6/2013, de 8 de julio, del Consejo de Garantías Estatutarias de la Generalitat de Cataluña, sobre el Real Decreto 239/2013.

No obstante, el hecho de que los verificadores medioambientales lo puedan ser en el sector industrial y que, excepcionalmente, el propio Tribunal Constitucional haya reconocido competencias ejecutivas al Estado en materia ambiental, podría haber justificado otra doctrina constitucional que hubiese —después de más de una década— resuelto definitivamente este problema competencial.

La doctrina sentada por el Tribunal Constitucional respecto a la designación de la ENAC como entidad de acreditación resulta escasamente satisfactoria respecto a garantizar el cumplimiento del derecho de la UE y el respecto a la distribución constitucional de competencias. Salvar la constitucionalidad de aquella designación por su vinculación a las competencias estatales en materia de industria y de bases para la planificación general de la actividad económica (art. 149.1.13 C), y no hacerlo cuando dicha designación se refiere a las funciones de acreditación de verificadores medioambientales, por el encuadre competencial en las competencias ejecutivas de las CCAA en materia de medio ambiente, es negar la evidencia de que el Estado puede excepcionalmente ejercer competencias ejecutivas. Máxime cuando la elevada armonización comunitaria en una materia como la de la acreditación, impone la existencia de un único organismo nacional de acreditación, sometido a evaluación por la propia UE. Apelar a la cooperación y colaboración de las CCAA en la designación de un único organismo de acreditación de verificadores medioambientales; o incluso, cuestionar que el derecho comunitario exija un solo organismo de esta naturaleza, supone desconocer la realidad territorial y competencial del Estado, eludiendo un conflicto que viene ya desde antaño, y colocar al Estado español en la tesitura de un posible incumplimiento del Derecho de la Unión.

III. ORGANISMOS DE EVALUACIÓN DE LA CONFORMIDAD

1. Los Organismos de control: requisitos para ejercer la actividad y régimen de control administrativo

Las entidades acreditables, como entidades que requieren de una acreditación emitida por una entidad de acreditación, reciben distintas denominaciones según la normativa reguladora. El Reglamento (CE) 765/2008 alude a organismo de evaluación de la conformidad (art. 2, apartados 13 y 18), mientras que a nivel nacional, la Ley de Industria de 1992 se refiere a organismos de control en materia de seguridad, y a infraestructura de calidad cuando regula los agentes habilitados para el control de la calidad. En desarrollo de la Ley de Industria, los agentes que intervienen en calidad y seguridad industrial han sido regulados en el Real Decreto 2200/1995, de 28 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Infraestructura para la Calidad y la Seguridad Industrial, que dispone que los mismos deben estar acreditados con carácter obligatorio si actúan sobre la seguridad industrial, mientras que aquellos que

intervienen en el ámbito voluntario de la calidad solo necesitan acreditación si desean integrarse en la infraestructura de calidad (art. 2) (48). La infraestructura sujeta a acreditación es doble: a) en materia de calidad la constituyen: las entidades de certificación; los laboratorios de ensayo; las entidades auditoras y de inspección y los laboratorios de calibración industrial; b) en materia de seguridad industrial está formada por los organismos de control y los verificadores medioambientales (art. 5). A pesar de que estas entidades acreditables se sujetan a regímenes jurídicos diferenciados, lo cierto es que las entidades que actúan en el marco de la calidad, la seguridad industrial y la gestión medioambiental suelen ser las mismas (49).

Los organismos acreditables en materia de seguridad industrial se regulan en los arts. 15 y 16 de la Ley de Industria y en los arts. 41 a 48 del citado Real Decreto 2200/1995 (50). El art. 15 de la Ley de Industria (51) alude a los organismos de control como aquellas personas físicas (52) o jurídicas que

(48) Aunque en el ámbito de la calidad la acreditación no es obligatoria, lo cierto es que en la praxis el mercado lo exige. Así, cuando en materia de calidad un organismo se somete a acreditación, la ENAC verifica: a) si se cumple la Norma UNE-EN 45011 sobre «requisitos generales para entidades que realizan la certificación de productos» si la Entidad de certificación quiere certificar productos, procesos o servicios; b) si se cumple la Norma UNE-EN ISO/IEC 17021 de «requisitos para los organismos que realizan la auditoría y la certificación de sistemas de gestión» si se quiere certificar sistemas de gestión (de la calidad, medioambiental, de seguridad de la información, seguridad alimentaria o I+D+I); c) si se ajusta a la Norma UNE-EN ISO/IEC 17024, de «requisitos para organismos que realizan la certificación de personas», si se opta por la certificación de personas. El cumplimiento de estas normas UNE trata de garantizar la solvencia técnica e imparcialidad del certificador.

(49) Así lo afirma la Comisión Nacional de la Competencia en su Informe sobre Certificación de Calidad y Seguridad, de julio de 2010, apartado 76, poniendo como ejemplo a AENOR.

(50) La redacción de estos artículos reglamentarios procede del Real Decreto 1072/2015, de 27 de noviembre, con el que se modifica el Real Decreto 2200/1995 para su adaptación a la nueva redacción dada a los artículos 15 y 16 de la Ley de Industria por la Ley de Metrología, con el objeto de establecer un sistema de habilitación para los organismos de control más acorde con lo dispuesto en la Directiva 2006/123/CE de Servicios, como veremos más adelante. Algunas comunidades autónomas cuentan con regulación de los organismos de control, la cual debe ajustarse a la nueva regulación estatal (v. gr., Orden de 16 de junio de 1998 —modificada el 21 de octubre de 2007—, de Castilla La Mancha, que regula la actuación de los organismos de control; Decreto 54/2011, de 24 de marzo, de la comunidad autónoma de Galicia, que regula la autorización y la actuación de los organismos de control en materia de seguridad industrial).

(51) Redacción dada por la Ley 32/2014, de 22 de diciembre, de Metrología. La nueva redacción deriva de la doctrina sentada por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 29 de junio de 2011, a la que más adelante nos referimos.

(52) Respecto a la posibilidad de que las personas físicas se constituyan en organismos de control y a la necesidad de justificar la concurrencia de una «razón de imperiosa necesidad» para imponerles un régimen autorizador puede consultarse la doctrina reiterada

teniendo capacidad de obrar y disponiendo de medios técnicos, humanos e imparcialidad e independencia, pueden verificar el cumplimiento de las condiciones y requisitos de seguridad establecidos en los reglamentos de seguridad para los productos e instalaciones industriales (53). Se remite al reglamento la regulación de las condiciones y requisitos exigibles a estos organismos. En este sentido, el Real Decreto 2200/1995 regula los requisitos que deben cumplir los organismos de control (independencia de la organización, instalaciones o productos que evalúen, competencia técnica, imparcialidad, disposición de personal, secreto profesional). El citado art. 15, en sus apartados 2º y 4º, exige la acreditación de estos organismos por la ENAC (54).

La exigencia de previa acreditación ha sido cuestionada ante el Tribunal Supremo, que en su sentencia de 4 de abril de 2017 (55) ha sostenido que su previsión en la Ley de Industria, en la exposición de motivos de la Ley 32/2014, de 22 de diciembre de Metrología que modificó la redacción de la Ley de Industria en relación a los citados organismos de control, y su propia exigencia por el derecho comunitario (Reglamento (CE) 765/2008), constituyen suficientes «razones de interés general» —en los términos exigidos por la Directiva 2006/123/CE, de Servicios de la UE—, para exigir el condicionante de su acreditación.

Para ejercer su actividad deben suscribir pólizas de seguro, avales u otra garantía que cubra los riesgos de su responsabilidad (art. 15.3 de la Ley de Industria) (56). Además, para el acceso y ejercicio de su actividad deben presentar una declaración responsable (art. 15.4 de la Ley de Industria) (57)

del Tribunal Supremo (STS de 29 de junio de 2011, Pte. E. Espín Templado, fj.3º y 4º; STS de 27 de febrero de 2012, Pte. M. Campos Sánchez-Bordona; y la STS de 21 de abril de 2016, Pte. Espín Templado). La primera de dichas sentencias ha dado lugar a la reforma de la Ley de Industria en 2014, en la que se opta por no exigirles autorización administrativa.

(53) Entre los productos e instalaciones de seguridad que les corresponde certificar figuran: productos de construcción, embarcaciones de recreo, aparatos de gas, calderas de agua caliente, máquinas, artificios pirotécnicos, instalaciones petrolíferas, etc.

(54) En el mismo sentido, los arts.41 y 42 del Decreto 2200/1995, de 28 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Infraestructura para la Calidad y la Seguridad Industrial.

(55) STS núm.596/2017, de 4 de abril (Pte. José María del Riego).

(56) El Real Decreto 2200/1995 exige que esa garantía se acredite antes del inicio de la actividad y fija la cuantía mínima por siniestro en 1.200.000 euros para cubrir su responsabilidad civil, sin que dicha cuantía limite dicha responsabilidad (art. 43.1).

Vid. A. GALÁN GALÁN (2010: 85 y ss.).

(57) Al contenido de dicha declaración responsable se refiere el art. 43.1 del Real Decreto 2200/95, pudiendo resumirse en la manifestación de las actividades que pretende desempeñar, que dispone del certificado de acreditación, de la documentación acreditativa de disponer de un seguro, aval o garantía de la responsabilidad civil y que reúne los requisitos para su inscripción en el Registro Integrado Industrial.

ante la autoridad competente en materia de industria donde el organismo de control acceda a la actividad «*para la que desea ser acreditado*» (sic) (58); y deben inscribirse en el Registro Integrado Industrial, lo que hace de oficio la Administración competente (art. 15.6 de la Ley de Industria) (59). La declaración responsable habilita al organismo de control para ejercer la actividad para la que ha sido acreditado; dicha habilitación tiene una vigencia indefinida sin perjuicio de la posibilidad de su suspensión temporal o revocación por la Administración pública (60).

Así pues, para ejercer su actividad un organismo de control requiere de cuatro requisitos: la obtención de la correspondiente acreditación de su compe-

(58) Teniendo en cuenta que el párrafo anterior exige la previa acreditación para presentar la declaración responsable, se debería indicar «la actividad para la que ha sido acreditado» o sustituir el término acreditado por el de «habilitado».

Por otro lado, el art. 15.4 de la Ley de Industria se remite a la Disposición Adicional 10 de la Ley 20/2013, de Garantía de la Unidad de Mercado, la cual recogía el régimen a aplicar para la determinación de la autoridad de origen. Esta Disposición ha sido anulada por inconstitucionalidad por la STC 79/2017, de 22 de junio, junto al art. 19 y 20 de dicha norma, en atención a que regulan el denominado principio de eficacia de las actuaciones de las autoridades competentes en todo el territorio nacional relacionadas con el acceso y ejercicio de actividades económicas, principio que el Tribunal estima que excepciona el principio de territorialidad de las competencias autonómicas, alterando las relaciones entre ordenamientos autonómicos, con el consiguiente menoscabo de las competencias autonómicas (fundamentos jurídicos 13 y 14).

(59) El Registro Integrado Industrial sustituye al Registro de Establecimientos Industriales y tiene carácter informativo y ámbito estatal. La principal modificación afecta al procedimiento de inscripción que ahora no se realiza a solicitud del interesado sino de oficio. El nuevo Registro ha sido regulado por el Real Decreto 559/2010, de 7 de mayo, aprueba el Reglamento del Registro Integrado Industrial. No obstante, tanto la Ley de Industria como el citado Reglamento reconocen competencias a las comunidades autónomas para crear sus propios registros industriales en sus ámbitos territoriales, sin perjuicio de la debida coordinación, cooperación y asistencia mutua (v. gr., Decreto 83/2016, de 19 de abril, aprueba el Reglamento del Registro Integrado Industrial de Andalucía).

(60) Arts. 15.4 de la Ley de Industria y 43.3 del Real Decreto 2200/1995. El artículo 48 del Real Decreto 2200/95 recoge los supuestos en los que procede la suspensión temporal de la habilitación (incumplimiento reiterado de las instrucciones dadas por la Administración; negativa a admitir inspecciones o verificaciones de la Administración; suspensión de la acreditación por la Entidad Acreditadora...); dicha suspensión podrá adoptarse durante la tramitación de los procedimientos sancionadores, de revocación o de inspección y se levantará cuando se subsanen las irregularidades detectadas. La habilitación podrá ser revocada, lo que da lugar a su extinción, por causas tales como: la inexactitud, falsedad u omisión en la declaración responsable; la retirada de la acreditación; extinción o pérdida de la personalidad jurídica o fallecimiento o declaración de incapacidad de la persona física titular. La extinción de la habilitación por revocación se inicia de oficio por la Administración competente, debiendo dar audiencia al interesado; la resolución motivada del procedimiento deberá adoptarse y notificarse en el plazo máximo de 6 meses. El cese voluntario en la actividad por parte del organismo de control también supone la extinción de la habilitación y debe comunicarse a la Administración ante la que se presentó la declaración responsable.

tencia técnica; contar con una garantía para su responsabilidad civil, presentar una declaración responsable y la inscripción en el Registro Integrado Industrial.

La normativa reguladora de industria arbitra varias técnicas de control administrativo sobre la actividad que desarrollan los organismos de control. Así, además de venir obligados a facilitar a la Administración competente información sobre sus actividades y de la potestad que ostenta la Administración para la suspensión o revocación de la habilitación para ejercer la actividad, corresponde a la Administración: a) resolver las reclamaciones que presente el interesado que obtenga un informe o certificación negativa respecto del cumplimiento de las condiciones y requisitos de seguridad industrial; b) supervisar su actividad (61); y c) ejercer la potestad sancionadora. Se observan, pues, tres técnicas de control diferenciadas: la primera, según la cual una vez que un organismo de control es habilitado (desde que presenta la declaración responsable) podrá realizar la actividad de verificación del cumplimiento de las condiciones de seguridad de diseños, productos, equipos e instalaciones industriales, emitiendo el acta, informe o certificado correspondiente (art. 44 del Real Decreto 2200/1995). En el caso en que el informe o certificado emitido considere que no se cumplen las exigencias reglamentarias de seguridad, el interesado podrá manifestar su disconformidad ante el Organismo y, en caso de desacuerdo, ante la Administración competente. Esta resolverá si es correcto o no el control realizado en el plazo que se establezca al efecto, y en su defecto en el plazo de tres meses, pudiendo revocar la certificación negativa emitida (62). La segunda, referida a la supervisión de los organismos de control que se realizará de conformidad con lo dispuesto en el Capítulo VI de la Ley 20/2013, de Garantía de la Unidad de Mercado, por la Administración pública competente (63). Y la tercera, que completa dicho régimen de supervisión con el régimen sancionador que establece la Ley de Industria en su Título V y que afecta a los organismos de control (64).

(61) Art. 16. 5 de la Ley de Industria y art. 46 del Real Decreto 2200/1995.

(62) Art.16.2 de la Ley de Industria añade que «en tanto no exista una revocación de la certificación negativa por parte de la Administración, el interesado no podrá solicitar el mismo control de otro organismo de control»; en la misma línea el art. 47 del Real Decreto 2200/95.

(63) Así lo dispone el art. 16.3 de la Ley de Industria, el cual ha sido objeto del Recurso de Inconstitucionalidad nº 1644-2015, admitido por Providencia de 28 de abril de 2015 por el Tribunal Constitucional; y el art. 46 del Real Decreto 2200/95.

(64) Así, se tipifica como infracción grave la expedición de certificados, informes o actas cuyo contenido no se ajuste a la realidad de los hechos (art. 31.1.h de la Ley de Industria); las inspecciones, ensayos o pruebas efectuados por los organismos de control de forma incompleta o con resultados inexactos por una insuficiente constatación de los hechos o por deficiente aplicación de normas técnicas (art. 31.2.j de la Ley de Industria). Además, por lo que respecta a las infracciones leves se resuelve el vacío legislativo creado por la STC 162/2008, de 15 de diciembre, que declaró inconstitucional el art. 31.3.a) que recogía como infracción leve el «incumplimiento de cualquier otra prescripción no incluida

Estas técnicas de fiscalización que ostenta la Administración respecto de la actividad de los organismos de control tienen su fundamento en razones de interés general, como garantizar la seguridad industrial, y vienen a legitimar la colaboración de estos organismos en actividades de verificación de la actuación, productos o procesos de operadores económicos.

2. Los verificadores medioambientales: régimen de habilitación y supervisión

A nivel interno, aunque la Ley de Industria no recoge la figura del verificador medioambiental, el art. 5.b) del Real Decreto 2200/1995 incluye dentro de la infraestructura acreditable para la seguridad industrial a los verificadores medioambientales, a los que se refiere en los arts. 49 y 50 (65). No obstante, la actual regulación que realiza el Real Decreto 2200/1995 es mínima, limitándose a definirlos y a atribuir al Ministerio competente funciones de fomento de la ecogestión y ecoauditoría; por lo demás se remite a lo dispuesto en el Reglamento EMAS III (66), y a su reglamento interno de aplicación (67).

En este sentido, como ya hemos avanzado, el Reglamento EMAS III regula la figura del verificador medioambiental en los arts. 18 a 27, definiéndolo como un organismo de evaluación de la conformidad, debidamente acreditado, o como una persona física o jurídica que haya obtenido una autorización para llevar a cabo la verificación y validación con arreglo al Reglamento. La actividad principal del verificador consiste, pues, en: a) la verificación, que

en los apartados anteriores de la Ley de Industria», con lo que todas las infracciones en materia de seguridad industrial que no tuvieran encaje como infracción grave carecían de mecanismo sancionador hasta la nueva redacción del art. 31 de la Ley de Industria que da la Ley de Metrología de 2014.

(65) Este «exceso reglamentario», que vinculó la regulación de los verificadores medioambientales al sector industrial, parecía lógico desde el momento en que la regulación comunitaria de un sistema de gestión y auditoría ambiental, en el que cobra especial importancia la figura del verificador medioambiental, surgió ligada a su aplicación en la industria, en virtud del Reglamento comunitario EMAS I de 1993 (Reglamento CEE 1836/93, de 29 de junio, por el que se permite que empresas del sector industrial se adhieran con carácter voluntario a un sistema comunitario de gestión y auditoría medioambiental, recogiendo la figura de los verificadores medioambientales acreditados como agentes de validación y seguimiento de la declaración medioambiental que realicen las industrias que se adhieran al sistema), extendiéndose posteriormente a otras organizaciones mediante el Reglamento EMAS II de 2001 (Reglamento (CE) n° 761/2001, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de marzo, por el que se permite que las organizaciones se adhieran con carácter voluntario a un sistema de gestión y auditoría medioambientales), ahora derogado por el vigente Reglamento EMAS III.

(66) Reglamento (CE) 1221/2009, de 25 de noviembre, relativo a la participación voluntaria de organizaciones en un sistema comunitario de gestión y auditorías medioambientales.

(67) Real Decreto 239/2013, de 5 de abril.

es el proceso de evaluación de la conformidad que realiza un verificador medioambiental para demostrar si el análisis, la política, el sistema de gestión y la auditoría medioambiental interna de una organización y su aplicación se ajustan al Reglamento EMAS III (68); y b) la validación, o sea, la confirmación por el verificador de que la información de la declaración medioambiental de una organización es fiable y correcta (69). La actividad del verificador medioambiental ha merecido en la doctrina distintas consideraciones sobre su naturaleza jurídica (70). En cualquier caso, las actividades que realizan los «organismos de control en el ámbito del medio ambiente se encuadran en el ámbito de prestación de servicios» a efectos de la aplicación de la Directiva de Servicios (71).

El art. 18 del Reglamento EMAS III regula el cometido concreto de los verificadores medioambientales en el extenso procedimiento de gestión y auditoría ambiental que se recoge en este Reglamento. Además de los requisitos de competencia técnica y profesional, el verificador debe demostrar su independencia al solicitar su acreditación. La supervisión de su actividad la realiza el Organismo de Acreditación o autorización que le concedió la acreditación si actúa en el Estado donde fue acreditado /autorizado o en un tercer país; mientras que si actúa en otro Estado miembro la efectuará el Organismo de Acreditación de dicho Estado (art. 23.1); dicha supervisión se realiza cada 24 meses. Si de la misma resulta que se considera que el trabajo realizado por el verificador medioambiental no se ajusta al Reglamento EMAS III transmitirá

(68) Las auditorías ambientales han sido tratadas, entre otros, por: V. ÁLVAREZ GARCÍA (2000: 60-79); D. FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ y P.T. NEVADO MORENO (1997: 167-2010); F. FUENTES BODELÓN (1995: 85 —140); R. MARTÍN MATEO (1991: 405 y ss.); A. NOGUEIRA LÓPEZ (2002); T. QUINTANA LÓPEZ (2000: 3501-3516); S. RODRÍGUEZ-CAMPOS GONZÁLEZ (2002: 187-214); y M. TARRÉS VIVES (1998: 511-542).

(69) Art. 2, apartados 20°, 24° y 25°, respectivamente, del Reglamento 1221/2009. Esta validación se realiza cada 12 meses según el art. 19.1 de dicho Reglamento comunitario.

(70) Así, en la actividad de validación se ha identificado un ámbito de actuación semipúblico por cuanto mediante normas públicas se delega en los verificadores funciones de inspección y control de los requisitos del EMAS, lo que constituye ejercicio privado de funciones públicas, según indica A. NOGUEIRA LÓPEZ (2002: 237). A favor de la tesis del ejercicio de funciones públicas por los verificadores medioambientales también se pronuncia D. CANALS I AMETTLER (2003: 187 y ss.).

Otros autores han negado que la actividad del verificador conlleve ejercicio de funciones públicas, entre ellos: A. BETANCOR RODRÍGUEZ (2005: 1056); y J.C. LAGUNA PAZ (2011: 99 y 105) que sostiene que las entidades colaboradoras no pueden ejercer potestades públicas.

(71) En tal sentido, A. NOGUEIRA LÓPEZ (2009). Esta autora plantea el reforzamiento en las actividades a ejercer por las entidades colaboradoras que producirá la ausencia de controles previos en la prestación de un gran número de actividades de servicios. En el mismo sentido, sobre la relevancia que cobran los regímenes de control e inspección para contrarrestar los riesgos que para la protección ambiental conlleva el nuevo régimen de comunicaciones y declaraciones responsables, L. CASADO CASADO (2013: 147-148).

un informe escrito de la supervisión al organismo competente en el que la organización tenga la intención de solicitar su inscripción o ya figure inscrita (art. 23); dicho informe se transmitirá al Foro de Organismos de Acreditación y Autorización ante cualquier otra controversia.

Esta regulación comunitaria se ha concretado en España a través del Real Decreto 239/2013, de 5 de abril (arts.11 y 12) (72), que regula un nuevo régimen jurídico de actuación y supervisión de los verificadores medioambientales (73). La vigente regulación se limita a determinar que la ENAC deberá enviar mensualmente al Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente, para su remisión a la Comisión Europea, un listado actualizado de los verificadores acreditados (74); y que los verificadores acreditados por ENAC que actúen en otro Estado miembro serán objeto de control por el ente de acreditación o autorización de dicho Estado; y si la actividad de verificación o validación se realiza en un tercer país, la supervisión corresponde a la entidad que le acreditó o autorizó para realizar la actividad.

Esta escueta regulación a nivel interno de los verificadores medioambientales se agrava con la indeterminación que respecto a su régimen de habilitación ha supuesto la comentada STC 141/2016. Si bien pueden actuar como tales, entidades públicas o privadas o personas físicas (art. 49 del Real Decreto 2200/1995), su régimen de habilitación (acreditación o autorización) —según admite el Reglamento EMAS III— no queda establecido en el Real Decreto 239/2013 tras el pronunciamiento del Alto Tribunal declarando nula la designación de ENAC por el Estado como organismo único de acreditación. No obstante, no hemos de olvidar que el Real Decreto 2200/1995 sujeta a acreditación a los verificadores medioambientales como agentes en el ámbito de la seguridad industrial, lo que refuerza la apuesta a nivel interno por un

(72) Reglamento que ha derogado parte de los artículos del Real Decreto 2200/1995 que se referían a los verificadores medioambientales. También deroga el anterior Real Decreto 85/1996, de 26 de enero, por el que se establecen normas para la aplicación del Reglamento (CEE) 1836/1993, de 29 de junio, por el que se permite que las empresas del sector industrial se adhieran con carácter voluntario a un sistema comunitario de gestión y auditoría medioambiental. El Real Decreto 239/2013 ha sido objeto de un conflicto positivo de competencias admitido por Providencia de 22 de octubre de 2013 del Tribunal Constitucional y resuelto en la ya citada STC 141/2016, de 21 de julio.

(73) Según el Preámbulo de este Reglamento, la nueva regulación se adapta a lo dispuesto en el Reglamento (CE) 765/2008, en este sentido se establecía que la acreditación y supervisión de los mismos quedaba en manos de un único organismo nacional de acreditación, la ENAC. Sin embargo, la STC 141/2016, como ya hemos analizado, ha declarado nula dichas previsiones.

(74) En la página web de la ENAC figuran 33 verificadores medioambientales acreditados: <https://www.enac.es/web/enac/entidades-acreditadas/busqueda-por-productos-y-servicios> (consulta 14 de marzo de 2018).

sistema de acreditación, quedando por determinar el organismo único al que corresponderá esa acreditación.

A efectos de evitar lagunas en el ordenamiento jurídico, la designación de ENAC como único organismo nacional de acreditación en materia de industria —según doctrina constitucional— y el hecho de que el art. 28 del Reglamento EMAS responsabilice a este organismo de la acreditación de verificadores medioambientales, debiera llevar a las comunidades autónomas a optar por designar a este organismo, en el que ya están representadas, sin perjuicio de las necesarias reformulaciones en su estructura organizativa, como entidad nacional de acreditación de los verificadores medioambientales. Así lo han hecho ya algunas comunidades autónomas. Además, la calificación de verificadores medioambientales como organismo de evaluación de la conformidad, junto a los organismos de control, y su consideración como entidades acreditables en materia de seguridad industrial en el Real Decreto 2200/1995, justifica la vinculación de estos agentes con el sector industrial. Una pretendida conexión preponderante de los mismos con el medio ambiente —como postula el Tribunal Constitucional—, resulta cuestionable a la luz del surgimiento comunitario de la institución y, sobre todo, de la vigente regulación interna.

Tengamos en cuenta además que, sin perjuicio del régimen de supervisión de su actividad (que se atribuye al organismo nacional de acreditación o autorización, según donde ejerza su actividad), los verificadores medioambientales se sujetan al ejercicio de la potestad sancionadora, remitiéndose los incumplimientos de los verificadores medioambientales respecto al Reglamento EMAS III, al Real Decreto 239/2013 y a su acreditación, a lo dispuesto en la Ley de Industria y normas de desarrollo (art. 13.2 del Real Decreto 239/2013). Contrasta esta remisión, declarada constitucional en la STC 141/2016, con el hecho de que la figura del verificador medioambiental y su designación se desvincule por completo de la distribución de competencias en materia de industria (75). Dicha desvinculación impide aplicarles los controles administrativos que se recogen en la Ley de Industria para los organismos de control.

(75) El fundamento jurídico 9 de la STC 141/2016 salva la constitucionalidad de la remisión del régimen sancionador respecto a los verificadores medioambientales a la Ley de Industria, por cuanto considera que la determinación de una regulación básica del régimen sancionador de los incumplimientos que deriven del Reglamento EMAS III se apoya en el art. 149.1.23 CE; por lo que concluye que esa remisión no conculca las competencias ejecutivas autonómicas. Sin embargo, el hecho de que la determinación del régimen sancionador de los verificadores medioambientales forme parte de la competencia básica del Estado en materia de medio ambiente, no niega el hecho cierto de que el Estado vincule su regulación al régimen aplicable en el sector industrial.

IV. LA PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE MEDIANTE LA CERTIFICACIÓN Y AUDITORIA DE EFICIENCIA ENERGÉTICA: EL AUGE DE LA COLABORACIÓN PRIVADA

1. La colaboración público-privada en la mejora de la eficiencia energética

En este contexto de análisis de la colaboración privada en la protección del medio ambiente, y sin perjuicio de la que se lleva a cabo para garantizar la calidad y la seguridad industrial, se enmarca la actividad de certificación y auditoría de eficiencia energética en la edificación y en la industria; actividad en auge dado el marco normativo de la UE e interno en esta materia. La mejora de la eficiencia energética en la edificación, pero también en otros sectores (iluminación exterior, transportes, productos que consumen energía, etc), contribuye a la protección ambiental y a la protección de consumidores y usuarios. Así, un uso eficiente de la energía permite reducir el empleo de energías fósiles (petróleo, carbón, gas) altamente contaminantes, a la vez que proporciona bienestar y ahorro económico al consumidor (76). Estas razones constituyen el fundamento de la intervención administrativa y de la colaboración de agentes externos en el sector de la edificación e industrial.

En definitiva, la colaboración privada en la actividad de control que debe ejercer la Administración pública en garantía de los intereses generales encuentra hoy un ámbito en gran expansión, el de la protección medioambiental, en el que junto a actuaciones más tradicionales como la verificación medioambiental se están desarrollando e impulsando otras más novedosas, tales como la certificación y la auditoría de eficiencia energética que presentan perfiles específicos.

2. La actividad de certificación de eficiencia energética de los edificios. En especial el certificador energético

A) El certificado de eficiencia energética

La Directiva 2002/91/CE, de 16 de diciembre, relativa a la eficiencia energética de los edificios impuso la obligación de poner a disposición de compradores y usuarios de los edificios un certificado de eficiencia energética. Con el mismo se pretendía favorecer la promoción de edificios de alta eficiencia energética y las inversiones en esta materia. Esta Directiva fue derogada por

(76) La repercusión de la protección ambiental en la calidad de vida ha sido tratada, entre otros, por: R. MARTÍN MATEO (1991: 96 y ss.); J.L.R. RAMÓN CERNI (1988: 159-172); D. FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ y P.T. NEVADO MORENO (1997: 168-169); y L. MARTÍN RETORTILLO BAQUER (2005: 119-148).

la Directiva 2010/31/UE (77), que mantiene la obligación para los Estados miembros de establecer un sistema de certificación de eficiencia energética de los edificios (art. 11), determinando los edificios que deben disponer del mismo (78).

A nivel nacional la exigencia de disponer de un certificado de eficiencia energética de los edificios que impuso la Directiva 2002/91/CE se traspuso mediante el Real Decreto 47/2007 (79). Posteriormente, una vez aprobada la Directiva 2010/31/UE, el art. 83.3 y la Disposición Final Quincuagésima Primera de la Ley de Economía Sostenible de 2011 (80) dispusieron que reglamentariamente se regularía el procedimiento para la certificación de la eficiencia energética de los *edificios que se vendan o alquilen*. Esta exigencia legal llevó a la aprobación del vigente Real Decreto 235/2013, de 5 de abril (81), por el que se realizó la transposición parcial de la citada Directiva, exigiendo dicho certificado a los edificios: a) de nueva construcción; b) a los existentes que se vendan o alquilen; y c) a los ocupados por autoridades, de más de 250 metros cuadrados y frecuentados por el público (82). El responsable de encargar la realización del certificado de eficiencia energética es el propietario o promotor del edificio, ya sea de nueva construcción o existente (art. 5.1), en los supuestos citados.

B) El certificador de eficiencia energética

Por lo que ahora nos interesa, o sea, la colaboración privada en las actividades relacionadas con la eficiencia energética, la Directiva 2010/31/

(77) Directiva 2010/31/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de marzo, relativa a la eficiencia energética de los edificios.

(78) Al respecto de la certificación de eficiencia energética, entre otros: E. BLASCO HEDO (2009: pp. 289-310); A. MENÉNDEZ REXACH (2014: 11 y ss.); I. GONZÁLEZ RÍOS (2010: 215 y ss.); y S. ROSADO PACHECO (2013: 55-90).

(79) Real Decreto 47/2007, de 19 de enero, por el que se aprueba el procedimiento básico para la certificación de la eficiencia energética en edificios de nueva construcción.

Sobre la incompatibilidad con este Real Decreto 47/2007 de un Reglamento autonómico de la comunidad autónoma de Castilla y León sobre certificación de eficiencia energética, vid. STSJ de Castilla y León de 17 de abril de 2012 (Pte. A. J. Fonseca Herrero Raimundo).

(80) Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible.

(81) 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, reglamento de naturaleza básica.

(82) Dando un paso más en las exigencias de ahorro y eficiencia energética en la edificación, el Real Decreto 235/2013 dispone que a partir de diciembre de 2020 los edificios que se construyan deben ser de consumo energético casi nulo, como dispone la Directiva 2010/31/UE; adelantándose ese plazo dos años para los edificios públicos. Y ello en los términos en que reglamentariamente se fije en su momento en el CTE (Disposición Adicional Segunda del Real Decreto 235/2013).

UE regula a quién corresponde realizar esas actividades de certificación e inspección. Así, dispone que los Estados miembros velarán porque la certificación de eficiencia energética de edificios y la inspección de las instalaciones de calefacción y aire acondicionado se realicen de manera independiente «por expertos cualificados o acreditados», tanto si actúan como autónomos como si están contratados por entidades públicas o empresas privadas. Los expertos serán acreditados teniendo en cuenta su competencia. Además, los Estados favorecerán que se ponga a disposición del público registros actualizados periódicamente de expertos cualificados o acreditados o de empresas acreditadas que ofrezcan los servicios de expertos de este tipo (art. 17). A la vez, los Estados miembros garantizarán el establecimiento de sistemas de control independientes de certificados e informes de inspección, según lo dispuesto en el Anexo II; pudiendo delegar la responsabilidad de la ejecución de esos sistemas de control independientes, y exigiendo que se pongan a disposición de las autoridades o entidades competentes los certificados de eficiencia energética e informes de inspección, previa petición de los mismos (art. 18).

A nivel nacional, el Real Decreto 235/2013 dispone que los certificados de eficiencia energética serán emitidos por técnicos competentes elegidos libremente por el propietario del edificio; aunque los certificados de edificios ocupados o pertenecientes a las Administraciones públicas podrán realizarse por sus propios servicios técnicos (83). A tal efecto, define al técnico competente para la certificación de eficiencia energética como aquel que posee la titulación académica y profesional que le habilita para la redacción de proyectos o dirección de obras y dirección de ejecución de obras de edificación o para la realización de proyectos de instalaciones térmicas, según lo dispuesto en la Ley de Ordenación de la Edificación de 1999 (LOE) (84), o para la suscripción de certificados de eficiencia energética, o que haya acreditado la cualificación profesional necesaria para realizar dichos certificados según lo que se disponga en una específica orden ministerial (art. 1.3.p) del Real Decreto 235/2013). Así, pues, la LOE define al proyectista como el agente que, por encargo del promotor o propietario, redacta el proyecto (85). Entre las obligaciones del proyectista figura «estar en posesión de la titulación académica o profesional habilitante de arquitecto o arquitecto técnico, ingeniero o ingeniero técnico» y cumplir las condiciones exigibles para el ejercicio de

(83) Arts: 1.3, 7 y 8 del Real Decreto 235/2013, de 5 de abril.

(84) Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación.

(85) F. VELASCO CABALLERO (2014: 32) parte de la caracterización jurídica de que el técnico proyectista no es un colaborador del ayuntamiento sino un profesional al servicio del promotor o propietario. Sin embargo, entendemos que como técnico que emite certificaciones realiza una clara colaboración externa con la Administración; de ahí que dicha actividad sea objeto de control por la Administración competente.

la profesión (86). El Director de las obras tendrá que estar en posesión de la titulación académica y profesional habilitante de arquitecto, arquitecto técnico, ingeniero o ingeniero técnico (87). Estas titulaciones serán válidas en función del uso a que se destine la edificación (art. 12 LOE). Las mismas titulaciones se exigen para el director de la ejecución de la obra, teniendo en cuenta el tipo de edificación (art. 13.2, a) LOE). A dichos técnicos competentes a que se refiere la LOE se unen —como ya hemos comentado— quienes acrediten la cualificación profesional pertinente para suscribir dichos certificados (88); y quienes cuenten con las titulaciones académicas y profesionales habilitantes para emitir certificados de eficiencia energética, sin que este extremo se clarifique ni en el LOE ni en el Real Decreto 235/2013.

La posibilidad de emitir dicho certificado cuando se disponga de la cualificación profesional adecuada, en función de lo que disponga una futura orden ministerial, y la eventualidad de que técnicos con titulaciones académicas y profesionales distintas de las recogidas en la LOE puedan hacer dicha certificación, ha sido objeto de una importante controversia. La misma ha sido resuelta por la STS de 22 de diciembre de 2016 en el sentido de que dichas

(86) Art. 10 de la Ley de Ordenación de la Edificación. Cuando el proyecto a realizar tenga por objeto la construcción de edificios administrativos, sanitarios, religiosos, residenciales en todas sus formas, docentes y culturales, la titulación académica habilitante será la de arquitecto. Para edificios de otros usos como: aeronáutico, agropecuario, de la energía, de la hidráulica, minero, de telecomunicaciones, de transporte terrestre, marítimo, fluvial y aéreo, puertos, etc, se requiere la titulación de ingeniero, ingeniero técnico o arquitecto y vendrá determinada por las disposiciones legales vigentes para cada profesión, según especialidades y competencias. Para otro tipo de edificaciones la titulación requerida será la de arquitecto, arquitecto técnico, ingeniero o ingeniero técnico, y vendrá determinado por las disposiciones legales vigentes para cada profesión.

(87) La Jurisprudencia del Tribunal Supremo mantiene una clara tendencia a que sobre el principio de exclusividad y monopolio competencial en la actividad de certificación prevalezca el principio de libertad de acceso con idoneidad. O sea, se inclina por el nivel de conocimientos que derivan de los títulos profesionales pero huyendo de la exclusividad general, no siendo siempre estrictamente necesario que actúe el técnico especialista, y ello porque al existir una base de enseñanzas comunes entre algunas ramas técnicas, esto dota a sus titulados de un fondo común de conocimientos que les permiten desempeñar puestos de trabajo en los que no son necesarios unos determinados conocimientos sino una «capacitación técnica común y genérica» (STS de 10 de abril de 2006 y 13 de noviembre de 2006, cuya doctrina se mantiene en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura de 27 de noviembre de 2014 —Pte. Prado Bernabéu— al referirse a la competencia de los Ingenieros Técnicos Industriales para emitir Certificados de Eficiencia Energética e Informes de Evaluación del Edificio, la cual reconoce en función de la sentada doctrina jurisprudencial).

(88) En este sentido, la Disposición Adicional 4ª del Real Decreto 235/2013 remite a una Orden conjunta del Ministerio de Industria, Energía y Turismo y Fomento la determinación de las cualificaciones profesionales requeridas para suscribir certificados de eficiencia energética y sus medios de acreditación. Para ello se tendrá en cuenta la titulación, la formación, la experiencia y la complejidad del proceso de certificación.

previsiones recogidas en el Real Decreto 235/2013 no son nulas por las siguientes razones: a) dicho Real Decreto deja una redacción abierta para que en un futuro se puedan establecer esas cualificaciones profesionales o añadir nuevas titulaciones; el procedimiento de elaboración del reglamento ha sido el correcto; y además, la Directiva que imponía dicha certificación ya aludía a la «cualificación profesional» del técnico certificador; b) la falta de cobertura legal de lo dispuesto en el Real Decreto 235/2013 ha quedado suplida con la definición —en la Ley 8/2013 de Rehabilitación, regeneración y renovación urbana— del técnico competente para emitir el llamado Informe de Evaluación del Edificio, en el cual se debe integrar el certificado de eficiencia energética. Respecto a este último pronunciamiento podemos decir que la cuestión se ha reabierto tras la declaración de inconstitucionalidad y nulidad de los artículos del Texto Refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana de 2015 que vinieron a regular el Informe de Evaluación del Edificio (STC 143/2017) (89).

En el proceso de certificación de eficiencia energética de edificios existentes, el técnico competente podrá contar con la colaboración de técnicos ayudantes tanto para la toma de datos, el empleo de herramientas y programas informáticos reconocidos para la calificación de eficiencia energética, definición de medidas de mejora de la eficiencia energética; como para gestionar los trámites administrativos y la documentación relacionada con los procesos de inspección y certificación energética (art. 8 del Real Decreto 235/2013).

(89) STS núm.2765/2016, de 22 de diciembre (Pte. Ángel R. Arozamena Laso). El Alto Tribunal dispone que el asunto a dilucidar en el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Colegio Superior de Colegios de Arquitectos de España es precisar cuáles sean los técnicos competentes para la elaboración de la certificación de eficiencia energética. Así, en su fundamento jurídico 3º sostiene que el recurso ha perdido sentido desde el momento en que la falta de cobertura legal que la parte recurrente alega respecto a que se admitan titulaciones académicas y profesionales distintas a las que recoge la LOE y la posibilidad de que por orden ministerial se establezcan cualificaciones profesionales con dicha habilitación, ha quedado subsanada con la aprobación de la Ley 8/2013, de 26 de junio de Rehabilitación, regeneración y renovación urbana. Y ello porque dicha ley define al técnico competente para emitir el Informe de Evaluación del Edificio, que incorpora el certificado de eficiencia energética, por lo que está determinando también el técnico competente para hacer dicha certificación (arts.4.2, 6.1 y Disposición Final Decimonovena). La derogación de dichos artículos por el vigente Texto Refundido de la Ley del Suelo de 2015, se considera que no modifica el pronunciamiento, pues los arts. 29 y 30 y la Disposición Final Primera se pronuncian en el mismo sentido. Sin perjuicio de este fundamento, el Tribunal analiza el fondo del asunto para fallar a favor de la legalidad de la redacción dada al art. 1.3.p) del Real Decreto 235/2013 impugnado.

Esa cobertura legal que se produce *a posteriori* —y que defiende el Tribunal Supremo— se ve cuestionada en la actualidad desde el momento en que los arts. 29 y 30 y la Disposición Final primera del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 2015 han sido declarados inconstitucionales y nulos por la STC 143/2017, de 14 de diciembre. No obstante, entendemos que ello no afecta a la validez del fallo de la sentencia del Tribunal Supremo por cuanto, como hemos comentado, desestima el recurso contencioso-administrativo realizando un análisis sobre el fondo del asunto.

El control de los certificados de eficiencia energética corresponde al órgano competente de la Comunidad Autónoma en materia de certificación de eficiencia energética (art. 9.1 del Real Decreto 235/2013) (90). Dicho control sobre la actividad de certificación de eficiencia energética puede realizarlo la propia Administración autonómica o «delegar» esta responsabilidad en un agente independiente autorizado (art. 9.3 del Real Decreto 235/2013), tales como: a) entidades de control de la calidad de la edificación; b) entidades de control habilitadas en el campo de las instalaciones térmicas (91); o c) técnicos independientes. De estos agentes externos, las entidades de control de la calidad de la edificación cuentan con una detallada regulación en el art. 14 de la LOE y en el Real Decreto 410/2010 (92), que tiene naturaleza básica, en la que se exige la presentación de una declaración responsable para ejercer la actividad y su sometimiento a un régimen de inspección.

Ahora bien, no cabe duda de que dicho control por «agente independiente autorizado» diluye el control público sobre la actividad de certificación de eficiencia energética y las garantías de los terceros obligados a obtener esos certificados, poniendo en cuestión la utilidad ambiental de esos certificados.

(90) A tal efecto, el art. 5.6 del Real Decreto 235/2013 dispone que el certificado de eficiencia energética debe presentarse por el promotor o propietario, en su caso, al órgano competente de la comunidad autónoma en materia de certificación de eficiencia energética, para el Registro de estas certificaciones en su ámbito territorial. En este sentido, las comunidades autónomas vienen regulando sus correspondientes Registros sobre Certificados de Eficiencia Energética: Decreto 46/2014, de 1 de abril de la Comunidad Autónoma de Aragón, regula actuaciones en materia de eficiencia energética y crea su registro; Orden de 9 de diciembre de 2014 (modificada por Resolución de 5 de febrero de 2016) regula la organización y funcionamiento del Registro de Certificados Energéticos Andaluces (en desarrollo del art. 30 del Decreto 169/2011, de 31 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de Fomento de las Energías Renovables y Ahorro Energético en Andalucía y D.T. Tercera del Real Decreto 235/2013, de 5 de abril); Ley 9/91, de 3 de mayo, del Instituto Catalán de la Energía (D.A. Única, añadida por la Ley 2/2014, de 27 de enero, de Medidas de Cataluña), se crea el Registro de Certificados de Eficiencia Energética de los Edificios en el ámbito territorial de Cataluña; Decreto 39/2015, de 2 de abril, de la Comunidad Autónoma Valenciana, regula la Certificación de Eficiencia Energética de los Edificios y Orden 1/2011, de 4 de febrero, regula el Registro de Certificación de Eficiencia Energética de Edificios, entre otras.

(91) A las inspecciones periódicas de eficiencia energética y requisitos para ejercer la actividad de instalador y mantenedor de las mismas se refiere el Real Decreto 1027/2007, de 20 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de Instalaciones Térmicas en los edificios.

(92) Real Decreto 410/2010, de 31 de marzo, por el que se desarrollan los requisitos exigibles a las entidades de control de la calidad de la edificación y a los laboratorios de ensayos para el control de calidad de la edificación, por el ejercicio de su actividad. Algunas comunidades autónomas cuentan con normativa de desarrollo en esta materia: Decreto 67/2011, de 5 de abril, de Andalucía, regula el control de la calidad de la construcción y obra pública. En esta materia, P. T. NEVADO-BATALLA MORENO (2002); J. R. FERNÁNDEZ TORRES (2008).

Cabe plantearse qué ocurre en el caso de que se «delegue» esta facultad de control en organismos de control habilitados o técnicos independientes si éstos modifican la anterior calificación, ¿podría recurrirse ante la Administración competente para realizar el control? (93) Ni el Real Decreto 235/2013, ni la LOE, ni el Real Decreto 410/2010, al que aquella se remite en relación al control de la actividad de certificación de la eficiencia energética, contienen indicación a favor de esa posible impugnación de la actuación del organismo de control o del técnico independiente ante la Administración pública. El hecho de que la competencia de control se atribuya inicialmente a la Administración competente podría avalar esta posibilidad de recurso (94); no así la referencia a la «delegación» de esa función por cuanto no estamos ante un verdadero supuesto de delegación de competencias, que se da exclusivamente entre órganos de una Administración pública o entre Administraciones públicas (95).

Al respecto de los resultados derivados del control externo (se entiende que tanto del que realiza la Administración como el que se encarga a agentes autorizados), el Real Decreto 235/2013 solo dispone que si la calificación energética difiere de la obtenida inicialmente, se le comunicará al promotor o propietario las razones que la motivan y un plazo para su subsanación o presentación de alegaciones en caso de discrepancia, antes de proceder, en su caso, a la modificación de la calificación (art. 9.4 del Real Decreto 235/2013). Este proceder que puede tener sentido cuando quien controla es la Administración autonómica, supone una pérdida de garantías para el particular (promotor o propietario) cuando quién ejerce la supervisión es una entidad autorizada. En tal caso se perdería la vía de recurso administrativo para la impugnación de la nueva calificación, si esta se rebaja.

Esa tarea de control de las certificaciones de eficiencia energética se complementa con la actividad de inspección que corresponde al órgano competente de la comunidad autónoma. Éste dispondrá cuantas inspecciones sean necesarias para comprobar y vigilar el cumplimiento de la obligación de certificación de eficiencia energética de edificios (art. 10 del Real Decreto 235/2013). Puesto que esta obligación recae sobre el propietario o promotor de la edificación se entiende que esta supervisión va dirigida al sujeto obligado.

(93) Sobre la necesidad de arbitrar un sistema de recurso contra las actuaciones de entidades colaboradoras, entre otros: L. CASADO CASADO (2013: 183); y D. CANALS AMETLLER (2010: 332).

(94) Hay que tener en cuenta que la Ley 21/92, de 16 de julio, de Industria recoge la competencia que tiene la Administración para controlar la actividad de estos organismos de control en el ámbito de la calidad y seguridad industrial (art. 16.2). Además dispone que su supervisión se realizará en los términos que establece la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado.

(95) Art. 9 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

Ello no excluye la fiscalización de las tareas de certificación, como se deduce del régimen sancionador, a que más adelante nos referimos.

En consecuencia, la actividad de certificación de la eficiencia energética, a pesar de la satisfacción de intereses generales que lleva implícita (fomento de la reducción del consumo energético y con ella protección medioambiental; bienestar y confort en la vivienda residencial, protección de los consumidores y usuarios...), queda en manos de técnicos privados competentes en virtud de su titulación académica o profesional o cualificación profesional; a salvo de la certificación que pueden realizar los servicios técnicos de las Administraciones públicas respecto a los edificios por ellas ocupados. Ni siquiera el control de la actividad que realizan estos técnicos tiene que ser efectuado por la Administración pública, que puede «delegarlo» en agentes independientes autorizados a tal fin, respecto de cuya actividad no se determina la existencia de un régimen de recursos ante la Administración competente. Además, resulta cuestionable el control que pueda realizar la propia Administración respecto de los certificados de eficiencia energética emitidos por sus propios servicios técnicos. Tampoco la supervisión de las entidades de control de la calidad de la edificación, a las que se autorice para fiscalizar los certificados de eficiencia energética, corresponde a la Administración, sino al organismo que designe la comunidad autónoma (art. 2.1 y 5 del Real Decreto 410/2010). Solo la facultad de inspección del cumplimiento de la obligación de certificación de eficiencia energética queda en manos de la Administración pública, pero no se dirige de manera principal a los agentes externos con competencias en certificación de eficiencia energética. En la actividad de certificación de eficiencia energética de los edificios observamos que por vía reglamentaria se deja un importante ámbito de control ambiental al margen de la Administración pública, mediante la técnica de la autorización de agentes independientes; autorización de la que no derivan garantías para los propietarios o promotores de la edificación.

3. Las auditorías energéticas de grandes empresas

A) Marco normativo y sujetos obligados

Otra actividad orientada a favorecer la introducción de la eficiencia energética, en este caso en las empresas, es la auditoría energética, donde se deja en manos privadas no solo la actividad de auditoría en sí misma, sino también, las tareas auxiliares de la actividad de inspección.

La Directiva 2012/27/UE, relativa a la eficiencia energética regula las auditorías energéticas (96) como procedimiento destinado a: a) determinar

(96) Considerandos 24 y 25, art. 8 y Anexo VI de la Directiva 2012/27/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre, relativa a la eficiencia energética.

el consumo de energía de un edificio, instalación u actividad; b) cuantificar las posibilidades de ahorro de energía a un coste eficiente; c) informar del consumo efectivo de energía y de las posibilidades de ahorro. Las auditorías pueden tener carácter específico o formar parte de una auditoría medioambiental más amplia. La regulación sobre auditorías energéticas contenida en la Directiva 2012/27/UE ha sido recientemente transpuesta al ordenamiento jurídico interno español a través del Real Decreto 56/2016 (97). Este reglamento al dictarse en ejercicio de competencias exclusivas del Estado (98) es de aplicación en todo el territorio nacional.

Las previsiones que el Real Decreto 56/2016 recoge sobre auditorías energéticas se ciñen a las grandes empresas, o sea, las que ocupen al menos a 250 personas o las que sin reunir este requisito tengan un volumen de negocio que exceda de 50 millones de euros y, a la par, un balance general que exceda de 43 millones de euros. También será aplicable a los grupos de sociedades, definidas en el art. 42 del Código de Comercio (99), que teniendo en cuenta las magnitudes agregadas de todas las sociedades que forman el grupo consolidado, cumplan los referidos requisitos de gran empresa (100). Las auditorías energéticas deben conservarse y ponerse a disposición de las autoridades competentes para su inspección o cualquier otro requerimiento (art. 3.6).

El citado ámbito de aplicación deja fuera a las microempresas y PYMES (101). No queda claro si se excluye del ámbito de aplicación del Reglamento al sector público. La referencia que realiza al «volumen de negocio» que deben tener las grandes empresas y al Código de Comercio parece dejar fuera a las Administraciones públicas territoriales en cuanto su actividad no va dirigida a hacer negocio, sino —como indica el art. 103 de la Constitución Española— a «servir a los intereses generales». Más dudas genera el hecho de que queden excluidas de su ámbito de aplicación la Administración institucional, especialmente las Entidades públicas empresariales, que realizan actividades de producción de bienes y servicios susceptibles de contrapresta-

(97) Real Decreto 56/2016, de 12 de febrero, por el que se traspone la Directiva 2012/27/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre, relativa a la eficiencia energética, en lo referente a auditorías energéticas, acreditación de proveedores de servicios y auditorías energéticas y promoción de la eficiencia energética del suministro de energía.

(98) Art. 149.1.13, 23 y 25 de la Constitución Española.

(99) Existe un grupo cuando una sociedad ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de otra u otras.

(100) Art. 2 del Real Decreto 56/2016. Vid. COTS (2016: p.10), sostiene que según el Ministerio de Industria, Energía y Turismo para calcular el valor agregado del Grupo se tendrán en cuenta no solo las Sociedades dependientes sino también sus accionistas.

(101) Tal como se definen en el Título I del Anexo de la Recomendación 2003/361/CE, de la Comisión, de 6 de mayo de 2003, sobre definición de microempresas y PYMES.

ción (en algunos casos a través del mercado y en otros con partidas presupuestarias) (102), y aún más las sociedades mercantiles.

B) El auditor energético

Las auditorías energéticas pueden realizarse por auditores externos o internos; en este último caso siempre que se acredite su independencia de la actividad auditada. El primer requisito que se exige al auditor es su cualificación. Al respecto, el Reglamento 56/2016 regula el sistema de acreditación a que deben someterse los auditores energéticos (art. 4 y Capítulo III). Así, el auditor energético, como persona física con capacidad personal y técnica demostrada y competencia para llevar a cabo una auditoría energética, debe cumplir alguna de las siguientes condiciones (art. 8):

- Estar en posesión de una titulación universitaria oficial u otras Licenciaturas, Grados o Máster Universitario en los que se impartan conocimientos básicos de energía, instalaciones de los edificios, procesos industriales, contabilidad energética, equipos de medida y toma de datos y técnicas de ahorro energético; o bien,
- Tener conocimientos técnicos y prácticos sobre las auditorías energéticas, bien, por disponer de un Título de Formación Profesional o un Certificado de Profesionalidad incluido en el Catálogo Nacional de Cualificaciones Profesionales cuyo ámbito competencial incluya materias relativas a las auditorías energéticas; o bien, tener reconocida competencia profesional adquirida por experiencia laboral en materia de auditorías energéticas, según el Real Decreto 1224/2009, de 17 de julio, de reconocimiento de las competencias profesionales adquiridas por experiencia laboral. En cualquiera de estos supuestos se requiere además haber recibido y superado un curso teórico y práctico de conocimientos específicos de auditorías energéticas, impartido por una entidad reconocida por la comunidad autónoma (103). Este curso tendrá validez en todo el territorio nacional.

Cumpliendo alguno de estos requisitos se podrá ejercer la actividad de auditor, sin que se requiera ni siquiera la presentación de una declaración responsable. Esta declaración sí es exigible cuando esa auditoría forme parte de los servicios que presta un proveedor de servicios energéticos, en cuyo caso será dicho proveedor el que venga obligado a presentarla.

(102) Entre otros, M. SÁNCHEZ MORÓN (2017: 415-416).

(103) El contenido de este Curso será el indicado en el Anexo V: fundamentos de energía, análisis energético de edificios, análisis energético de industrias, equipos de medida y toma de datos, ejecución de auditoría, presentación de resultados y propuestas. Cada uno de estos apartados con sus correspondientes subapartados de detalle.

La admisión de una cualificación profesional para poder realizar auditorías energéticas ha sido objeto de un recurso contencioso-administrativo, como ya ocurriera con dicha previsión respecto al certificado de eficiencia energética. En este caso es la STS de 28 de abril de 2017 la que, aplicando doctrina jurisprudencial reiterada, declara la legalidad de esta regulación reglamentaria (104).

C) La inspección de las auditorías energéticas

Los órganos de las comunidades autónomas con competencia en materia de eficiencia energética establecerán y aplicarán un sistema de inspección de la realización de las auditorías energéticas, para vigilar el cumplimiento de la obligación de realización de las mismas. La inspección tendrá por finalidad verificar si se ha realizado la auditoría de eficiencia energética y comprobar si esta cumple con todos los requisitos exigibles. Esta inspección —siguiendo lo dispuesto en la Directiva comunitaria— utilizará como sistema la selección al azar de «al menos una proporción estadísticamente significativa de las auditorías energéticas realizadas en cada periodo de 4 años» (art. 5.1, 2 del Real Decreto 56/2016).

Las funciones de inspección se realizarán por personal funcionario, aunque las tareas materiales o auxiliares se pueden desempeñar por personal no funcionario, o, cuando la comunidad autónoma así lo determine por técnicos independientes cualificados para realizar estas funciones, o bien, por otras entidades u organismos a los que la Administración competente encomienda esta función. Se entiende que esta externalización va referida a funciones materiales o auxiliares de la actividad inspectora. Del resultado de esas inspecciones se informará anualmente al Ministerio de Industria, Energía y Turismo (art. 5. 3 y 4 del Real Decreto 56/2016).

D) El Registro estatal de Auditorías energéticas

El Real Decreto 56/2016 crea en el Ministerio de Industria, Energía y Turismo un Registro Administrativo de Auditorías Energéticas (art. 6) donde

(104) La STS núm. 732/2017, de 28 de abril (Pte. Ángel R. Arozamena Laso) resuelve un recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Consejo General de Colegios de Peritos e Ingenieros Técnicos Industriales. Reitera el Tribunal su doctrina consolidada sobre la prevalencia del principio de acceso con idoneidad sobre el de exclusividad y monopolio competencial respecto a las profesiones tituladas. A su vez fundamenta la legalidad de dicha previsión en lo dispuesto en la Directiva 2012/27/UE, relativa a la Eficiencia Energética, en el informe del Consejo de Estado sobre el reglamento impugnado, en los propios informes de la CNMC y en la Directiva de Servicios de 2006.

se recogerá la información comunicada por las empresas a las que les son exigibles dichas auditorías y las que lleven a cabo empresas no obligadas. En dicho Registro se identificará a las empresas obligadas, para facilitar su inspección, los resultados de inspección y otras informaciones relevantes.

Para que se produzca la inscripción en el Registro, las empresas obligadas o las que voluntariamente realicen una auditoría, deben remitir al órgano competente en eficiencia energética de la comunidad autónoma donde se ubiquen las instalaciones auditadas, a efectos de la realización de la inspección, una comunicación en el plazo máximo de 3 meses desde que se haga la auditoría. El contenido de esa comunicación puede ser el que figura en el Anexo I del Reglamento. Dicho órgano autonómico remitirá la comunicación a la Dirección General de Política Energética y Minas del Ministerio de Industria, Energía y Turismo, en el plazo máximo de un mes, para que se proceda a la correspondiente inscripción en el Registro.

4. Régimen sancionador en relación a la actividad de certificación y auditorías energéticas

A pesar de la relación que guarda la certificación de eficiencia energética de los edificios con las auditorías energéticas, sobre todo, cuando se predicen de instalaciones industriales, la normativa reguladora de su régimen sancionador la encontramos en normas diferenciadas.

Por lo que se refiere a la actividad de certificación de eficiencia energética, la Directiva 2010/31/UE remite a los Estados miembros el establecimiento del régimen sancionador por infracción de las disposiciones nacionales adoptadas en aplicación de dicha Directiva. Las sanciones previstas deben ser «eficaces, proporcionadas y disuasorias» (art. 27).

A nivel interno, el Real Decreto 235/2013 remite a normas con rango legal, tal como exige el principio de reserva de ley que consagra el art. 25 de la Constitución Española, la regulación del régimen sancionador en dicha materia. Así, la insuficiencia de rango normativo del Real Decreto 235/2013 para la previsión del régimen sancionador en materia de certificación de eficiencia energética ha llevado al legislador a recogerlo, en un primer momento, en la Ley 8/2013, de Rehabilitación, Regeneración y Renovación Urbana (105)(Disposiciones Adicionales Tercera y Cuarta), estando actualmente regulado en el Texto Refundido de la Ley del Suelo y Rehabilitación Urbana (TRLSRU) de 2015

(105) Esta Ley ha sido parcialmente derogada por el Real Decreto-Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Suelo y Rehabilitación Urbana.

(Disposiciones Adicionales Duodécima y Décimo Tercera) (106). Por su parte, al régimen sancionador respecto a las auditorías energéticas y proveedores de servicios energéticos se refiere el art. 14 del Real Decreto 56/2016 para remitirse a lo dispuesto en los arts.80 y 82 de la Ley 18/2014, de 15 de octubre, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la edificación (107).

(106) La Disposición Adicional Duodécima del TRLSRU clasifica las infracciones en leves, graves y muy graves. Como infracciones muy graves figuran algunas imputables a los técnicos competentes, tales como: actuar como técnico certificador sin reunir los requisitos legalmente exigidos; actuar como agente independiente autorizado para el control de la certificación de eficiencia energética sin contar con la habilitación otorgada por el órgano competente; o, falsear la información en la expedición o registro de certificados de eficiencia energética. Como infracciones graves destacan las relacionadas con defectos en la aplicación del procedimiento básico de certificación de eficiencia energética o la no incorporación del certificado al proyecto del edificio en ejecución. Entre las infracciones leves se encuentran algunas imputables a los técnicos, como la expedición de certificados de eficiencia energética que no incluyan la información mínima exigida. La Disposición Adicional Décimo Tercera establece multas que oscilan entre los 300 a 600 euros para infracciones leves; 601 a 1000 euros para las infracciones graves; y 1001 a 6000 euros para infracciones muy graves. No obstante, cuando el beneficio obtenido con la infracción supere esas cantidades, la sanción se impondrá por un importe equivalente al del beneficio obtenido.

(107) El art. 80 regula las infracciones en materia de auditorías energética, acreditación de proveedores de servicios y auditores energéticos y contabilización de consumos energéticos. Las mismas se clasifican en infracciones muy graves, graves y leves. Entre las primeras figuran tanto infracciones cuyo responsable es la empresa (el no realizar la auditoría energética en plazo), como el auditor o proveedor (la presentación de documentación falsa para acreditar la condición de tales o el incumplimiento de los proveedores de servicios energéticos de la obligación de mantener el contrato de seguro de responsabilidad civil). Estas infracciones muy graves pueden ser sancionadas, además de con una multa, con la inhabilitación para el ejercicio de la actividad por un periodo no inferior a 2 años ni superior a 5 años. Como infracciones graves imputables a auditores (realizar la auditoría energética sin que su contenido respete los criterios mínimos exigidos; o el ejercicio de la actividad de auditor energético sin cumplir los requisitos exigidos legal o reglamentariamente); o cuyos responsables son los proveedores de servicios (ejercer la actividad sin cumplir los requisitos legal o reglamentariamente establecidos). Las infracciones graves además de con multa podrán ser sancionadas con la inhabilitación para el ejercicio de la actividad por un periodo no inferior a 1 año ni superior a 2 años. En cambio, se configuran como infracciones leves no comunicar la realización de la auditoría al órgano autonómico para su posterior inclusión en el Registro administrativo (imputable al empresario), y cualquier incumplimiento de los deberes y obligaciones establecidos en materia de auditorías energéticas, acreditación de proveedores de servicios y auditores energéticos, promoción de la eficiencia energética y contabilización de consumos que no constituyan infracción grave o muy grave. El art. 82 regula el régimen de sanciones por infracciones relacionadas con las auditorías y auditores energéticos disponiendo que a las infracciones muy graves corresponde una multa de entre 10.001 y 60.000 euros; para infracciones graves la multa oscila entre 1.001 y 10.000 euros; y para las leves entre 300 y 1000 euros. No obstante, el importe de estas sanciones se incrementa considerablemente cuando de la infracción derive un perjuicio para terceros, para la Administración pública o para el medio ambiente, o lucro para el infractor. En cualquier caso, para la graduación de

En los procedimientos sancionadores en materia de certificación de eficiencia energética y en las auditorías energéticas, la competencia para instruir y resolver los mismos se atribuye a los órganos competentes de las CCAA.

De la regulación del régimen sancionador en los citados ámbitos de la eficiencia energética podemos deducir como, a pesar de que tanto las funciones de certificación como de auditoría se realizan por personas físicas, las infracciones relacionadas con las auditorías energéticas son sancionadas con una multa más elevada que las referidas a la certificación de eficiencia energética. Si tenemos en cuenta que, ni de la certificación ni de la auditoría deriva una mejora en aquella eficiencia de manera directa, sino que son técnicas de mercado para el fomento de la eficiencia energética, no se justifica aquella diferenciación. Ello, salvo que nos detengamos en el sujeto obligado a realizar dichas actividades, cualquier particular que venda o alquile, construya o una Administración pública, en materia de eficiencia energética; o las grandes empresas en el caso de las auditorías energéticas. En atención al sujeto obligado puede tener sentido la diversidad en la cuantía de las sanciones, pero esta no parece tan razonable o proporcionada cuando el infractor es el certificador o auditor.

V. CONSIDERACIONES FINALES

1.- A lo largo de este estudio hemos podido constatar el diferente régimen jurídico aplicable a la habilitación y control de agentes externos que colaboran con la Administración pública realizando funciones de acreditación, de certificación o de auditoría, en ámbitos como la comercialización de productos y la seguridad industrial; la gestión y la auditoría medioambiental; o el fomento de la eficiencia energética. El interés público que subyace en la realización de esas tareas de colaboración y el riesgo que conlleva para consumidores, usuarios y empresas una incorrecta acreditación de organismos de evaluación de la conformidad (organismos de control y verificadores medioambientales) o la emisión fraudulenta de un certificado o auditoría de eficiencia energética, justificaría una mayor aproximación en su regulación. No parece razonable que los organismos de evaluación de la conformidad tengan un sistema de habilitación y posterior control de su actuación más estricto que el aplicable a quien emite un certificado de eficiencia energética o realiza una auditoría en esta materia; al menos los intereses públicos que se tratan de proteger (seguridad industrial y protección de medio ambiente, respectivamente) no justifican esa diferenciación.

la sanción se tendrán en cuenta criterios como: la importancia del daño causado, el grado de participación en la acción u omisión; la intencionalidad y la reiteración; la duración en el retraso en el cumplimiento de las obligaciones, etc.

2.— Por lo que respecta a la habilitación y control de las entidades de acreditación detectamos dos problemas. El primero, que la pretendida armonización del derecho interno de los Estados miembros en esta materia no ha sido tal. La misma se diluye desde el momento en que se deben utilizar distintos sistemas de acreditación según se trate de acreditación orientada a facilitar la comercialización de productos —y aún en este caso se prevén varios sistemas de acreditación en atención a los productos o actividades—, o a la acreditación/autorización de verificadores medioambientales en el ámbito de la gestión ambiental. Esta regulación de la UE ha generado confusión en su transposición y aplicación en el derecho interno. Así lo demuestran los conflictos competenciales que hemos analizado en este trabajo. El segundo, que el Real Decreto 1715/2010 no ha regulado un sistema de control administrativo de la actividad realizada por la ENAC. Esta ausencia de previsión expresa de controles no se ajusta a la normativa comunitaria y resta legitimidad a esa asignación de «potestades públicas» de acreditación a una entidad privada.

3.—En lo referente a la habilitación de los organismos de control o de evaluación de la conformidad, uno de los problemas que nos encontramos en el estudio de su régimen jurídico es su propia nomenclatura. La UE se refiere a ellos como organismos de evaluación de la conformidad, en una escueta referencia a los mismos en el Reglamento (CE) 765/2008; a la vez que el Reglamento 1221/2009 (EMAS III) desarrolla con profusión el régimen aplicable a los que denomina «verificadores medioambientales». A nivel interno, la terminología tradicional que utiliza la Ley de Industria ha sido la de organismos de control, en el ámbito de la seguridad industrial, y verificadores medioambientales en cuanto a sistemas de gestión y auditoría medioambiental.

Por otra parte, los organismos de control de la seguridad industrial tienen un sistema de habilitación reforzado. Y ello, por cuanto no basta con la presentación de una declaración responsable y con su inscripción en el Registro Integrado Industrial, sino que se requiere de una acreditación de la ENAC y de una garantía que cubra su responsabilidad civil. Este régimen de habilitación previo y el estricto régimen de supervisión de su actividad a que se someten, que permite a la Administración incluso revocar las denegaciones de certificaciones, legitima esta externalización de la actividad. La Administración se sigue reservando el control de la actividad de estos organismos, aunque el carácter eminentemente técnico de la misma lo relativiza.

Contrasta con este detallado régimen de control administrativo de los organismos de control de la seguridad industrial que prevé la normativa reguladora de industria, que la regulación de la ENAC —como entidad que los acredita— no prevea un régimen de recursos internos ante esta entidad por parte de los interesados que se vean afectados por la actuación de un organismo de control. Su régimen de recursos es respecto a acuerdos de acreditación (denegación,

suspensión o retirada), por lo que se otorgan garantías al organismo de control, pero no a los terceros que se ven afectados por sus decisiones. Y ello en clara contradicción con lo dispuesto en el Reglamento (CE) 765/2008 que obliga a los organismos nacionales de acreditación a disponer de «procedimientos para resolver las reclamaciones relativas a los organismos de evaluación de la conformidad acreditados», entendemos que se trata de un mecanismo para la defensa de los intereses de las empresas o particulares que soliciten la certificación de productos, procesos o instalaciones industriales.

4.– Con relación a los verificadores medioambientales, a nivel nacional la regulación de los mismos surgió ligada al sector industrial; posteriormente, siguiendo la senda comunitaria, su régimen jurídico se vincula al ámbito del medio ambiente. Ello ha tenido incidencia en su régimen de acreditación. La determinación de la entidad competente para realizar dicha acreditación ha dado lugar a varios pronunciamientos del Tribunal Constitucional a lo largo de más de una década, desde la STC 33/2005, pasando por la STC 20/2014, hasta la más reciente STC 141/2016. Esta última, además de no resolver el problema competencial que deriva de la aplicación del derecho derivado europeo y de la distribución constitucional de competencias con respecto a la acreditación de verificadores medioambientales; ha optado por vincular de forma exclusiva esta figura al ámbito competencial del medio ambiente, olvidando su ineludible conexión —tanto en la normativa comunitaria como interna— con el sector industrial, y en consecuencia, con la distribución de competencias en esta materia. Resulta francamente criticable que el Tribunal Constitucional, obviando lo dispuesto en el Derecho comunitario, realice pronunciamientos diferenciados en cuanto a la designación de la Entidad Nacional de Acreditación, según el sujeto al que acredite (organismos de control o verificadores medioambientales).

Los verificadores medioambientales, a pesar de constituir organismos de evaluación de la conformidad, como los organismos de control en el ámbito de la seguridad industrial, cuentan con un régimen de habilitación más laxo. Se sujetan a acreditación, a supervisión y al ejercicio de la potestad sancionadora. Pero no requieren —a raíz de la STC 141/2016— de inscripción en el Registro Integrado Industrial, ni presentar declaración responsable. Tampoco se han establecido mecanismos de control por la Administración pública respecto de la actividad que realizan estos verificadores. Esta relajación en el control administrativo resta legitimidad al ejercicio de funciones de certificación/validación en manos privadas.

5.– Ese debilitamiento progresivo en el control de agentes privados colaboradores de la Administración pública se intensifica cuando nos referimos a la actividad de certificación y auditoría de eficiencia energética. Y ello a pesar de que con dichas actividades se pretende favorecer la mejora en la protección

del medio ambiente; objetivo éste que, junto a la seguridad industrial, entre otros, justifican el control administrativo de actividades privadas. Es más, en la medida en que la actividad de certificación de eficiencia energética se ha vinculado jurisprudencialmente al Informe de Evaluación del Edificio, que no es otra cosa que una actividad de inspección, resulta clara la necesidad de que dicha actividad —como colaboración externa de la Administración— sea controlada por esta.

Así, los certificadores de eficiencia energética, para el ejercicio de la actividad de certificación, requieren de una cualificación profesional o técnica vinculada al ámbito de la calidad en la edificación o de las instalaciones térmicas. No se les exigen otros requisitos adicionales para ejercer esa actividad, siendo libremente elegidos por el propietario de la edificación. Dicha certificación será controlada por la Administración competente o por otros agentes independientes autorizados. Plantea problemas interpretativos si la actuación de estos agentes externos puede ser impugnada ante la Administración que les autoriza y delega esa función de control.

Un paso más en la mejora de la eficiencia energética se da con la regulación comunitaria, y su transposición al derecho interno, de las auditorías energéticas. Éstas se imponen como obligatorias para grandes empresas o grupos de sociedades. Esta actividad de auditoría energética en España la realizan los auditores energéticos, que son personas físicas con capacidad técnica contrastada, a los que no se les exige presentar una declaración responsable para ejercer la actividad. El control de la obligación de realizar la auditoría, y del cumplimiento de los requisitos que debe reunir, corresponde a la comunidad autónoma mediante la correspondiente inspección, pudiendo externalizar tareas auxiliares de dicha potestad. Esta inspección empleará el sistema de selección al azar de una proporción estadísticamente significativa de auditorías.

6.— Del análisis de la regulación de las actividades que realizan los organismos de control, los verificadores medioambientales, los certificadores y auditores de eficiencia energética podemos deducir: a) la diversidad de regímenes jurídicos aplicables a estos colaboradores externos de la Administración; y, ello, a pesar de la conexión y similitud en las actuaciones que realizan; b) esa diversidad regulatoria se manifiesta de forma especial en el régimen de acreditación o habilitación de estos agentes externos, más estricto cuando se trata de organismos de control de la seguridad industrial y de verificadores medioambientales y más laxo cuando se refiere a los certificadores y auditores de eficiencia energética; c) la estrecha relación que guardan los bienes jurídicos protegidos con estas actividades de certificación (seguridad industrial y protección medioambiental) aconsejan un régimen jurídico más uniforme en cuanto a la habilitación de estos agentes externos y a su régimen de control.

7.- En definitiva, asistimos a un aumento de la colaboración privada en funciones públicas, como la certificación, la auditoría y la inspección. La racionalización administrativa, entendida como «reducción» del aparato organizativo y la liberalización en la prestación de servicios auspiciada por la Unión Europea están contribuyendo a dicho aumento, y lo que resulta más criticable, a la relajación de controles administrativos previos y *a posteriori* de estas actividades. En esta materia no debemos olvidar que el fundamento de la intervención administrativa en la actividad de los particulares es garantizar el interés general, y el mismo fundamento debe presidir la colaboración público-privada. Por lo que la intervención de agentes privados en funciones públicas o «cuasi-públicas» debe gozar de los oportunos controles administrativos y debiera contar con un marco normativo más claro y uniforme.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ GARCÍA, Vicente J. (2000): «La protección del medio ambiente mediante las técnicas de normalización industrial y la certificación», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 105, pp. 59-77.
- (2015): «La recentralización de competencias en el ámbito de la designación de las entidades de acreditación de los verificadores medioambientales», *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 40.
 - (2017): «El largo conflicto constitucional en materia de designación de entidades de acreditación de los verificadores medioambientales (o el necesario cambio de actitud del Tribunal Constitucional en los supuestos en los que la aplicación del Derecho constitucional español dependa de la interpretación del Derecho europeo)», en *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 44.
 - (2018): «Sobre el obligado respecto por los sistemas nacionales de normalización y de certificación de las reglas reguladoras de la libre circulación de mercancías dentro del Espacio Económico Europeo (el asunto "fra.bo")», en *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 47.
- BETANCOR RODRÍGUEZ, Andrés (2005): *Instituciones de Derecho Ambiental*, Madrid, La Ley, 1860 pp.
- LOZANO CUTANDA, Blanca (2012): *Derecho Ambiental Administrativo*, Dykinson, Madrid, 791 pp.
- BLASCO HEDO, Eva (2009): «La certificación energética en la edificación», en *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, núm. 16, pp.289-310.
- CANALS I AMETLLER, Dolors (2003): *El ejercicio por particulares de funciones de autoridad. Control, inspección y certificación*, Granada, Comares, 384 pp.

- CANTERO MARTÍNEZ, Josefa (2011): «A vueltas con el ejercicio de potestades públicas y su ejercicio por los particulares. Nuevos retos para el Derecho Administrativo», en *REDA*, núm. 151, pp. 627-649.
- CASADO CASADO, Lucía (2013): «Inspección ambiental y liberalización de servicios y actividades económicas», en SANZ LARRUGA, GARCÍA PÉREZ y PERNAS GARCÍA (Dir.), *Libre mercado y protección ambiental*, Madrid, INAP, pp. 143-191.
- CASADO CASADO, Lucía, FUENTES I GASÓ, Josep R., JARIA MANZANO, Jordi, PALLARÉS SERRANO, Anna (2010): *La externalización de las funciones de control e inspección en materia de protección del medio ambiente*, Barcelona, Atelier, 195 pp.
- COSCULLUELA MONTANER, Luis (2016): «El impacto del derecho de la UE en la regulación española de intervención administrativa en la actividad económica», en *RAP* núm. 200, pp. 103-120.
- COTS, Elisabett (2016): «Auditorías energéticas. ¿Quién, cómo y cuándo?», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 919, p.10.
- ESTEVE PARDO, José (2017): *Lecciones de Derecho Administrativo*, 7ª ed, Madrid, Marcial Pons, 576 pp.
- FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, Dionisio y NEVADO MORENO, Pedro T. (1997): «Evaluación de los sistemas de ecogestión: la auditoría ambiental, análisis y régimen jurídico», en *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, núm. 155, pp. 167-210.
- FERNÁNDEZ FARRERES, Germán (1998): «La infraestructura organizativa para la calidad y la seguridad industrial y el fenómeno del ejercicio por particulares de funciones públicas de inspección y control», en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 13, pp. 43-60.
- FERNÁNDEZ TORRES, Juan R. (2008): «El control de calidad de la edificación no puede constituir un oligopolio local (Comentario a las SSTs de 12 y 18 de junio de 2008)», en *Revista Aranzadi de Urbanismo y Edificación*, núm.18, pp. 113-122.
- FUENTES BODELÓN, Fernando (1995): «Sistemas de ecogestión y auditorías ambientales», *Revista de Derecho Ambiental*, núm.14, pp. 85-140.
- FUENTES I GASÓ, Josep R., HIDALGO I MOYA, Juan Ramón y MOLES I PLAZA, Ramón Jordi (2001): *La seguridad de los productos. Tres perspectivas de análisis*, Barcelona, Ariel, 208 pp.
- FUENTES I GASÓ, Josep R. (2012): «Aspectos controvertidos sobre el ejercicio de funciones de control e inspección en materia de protección del medio ambiente por parte de las entidades colaboradoras», en *REDA*, núm. 154, pp. 343-360.

- GALÁN GALÁN, Alfredo (2010): «La responsabilidad por los daños causados por la actuación de las entidades privadas colaboradoras de la Administración», en GALÁN GALÁN y PRIETO ROMERO, «El ejercicio de funciones públicas por entidades privadas colaboradoras de la Administración», en *Anuario de Derecho Municipal*, núm. 2, pp. 63-104.
- IZQUIERDO CARRASCO, Manuel (2000): *La seguridad de los productos industriales. Régimen jurídico administrativo y protección de los consumidores*, Madrid, Marcial Pons, 554 pp.
- GONZÁLEZ RÍOS, Isabel (2010): «Régimen jurídico administrativo de la eficiencia energética en la edificación» en Ana CAÑIZARES LASO (Dr.ª), *Estudios de Derecho de la Edificación*, Civitas, Madrid, pp. 215-237.
- (2011): *Régimen Jurídico de las Energías Renovables y del Ahorro y la eficiencia Energética*, Navarra, Thomson-Reuters, 234 pp.
- (2016): «La normativa nacional sobre ahorro y eficiencia energética: sector de la edificación» en Isabel GONZÁLEZ RÍOS (Dr.ª), *Estudios sobre la normativa reguladora de la eficiencia energética. Especial referencia a su incidencia en las Administraciones públicas*, Navarra, Thomson-Reuters-Aranzadi, pp. 123-152.
- GONZÁLEZ VARAS IBÁÑEZ, Santiago (2004): «La responsabilidad administrativa en casos de colaboración de los particulares en el ejercicio de funciones administrativas», en *REDA*, núm.123, pp. 399-424.
- LAGUNA PAZ, Juan C. (2011): «Regulación, externalización de actividades administrativas y autoregulación», en *RAP*, núm. 185, pp. 89-112.
- MARTÍN MATEO, Ramón (1991): *Tratado de Derecho Ambiental*. Vol. I, Trivium, SA, 520 pp.
- MARTIN RETORTILLO BAQUER, Lorenzo (2005): «Lo medioambiental y la calidad de vida junto a la necesidad de dar cumplimiento a las sentencias (Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos "Kyrtatos c.Grecia", de 22 de mayo de 2003 [TEDH 2003])», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 125, pp. 119-148.
- MENÉNDEZ REXACH, Ángel (2014): «La certificación de eficiencia energética de los edificios: naturaleza, procedimiento y efectos», en Suzana TAVARES DA SILVA (Org.), *Estudos de Direito da Energia*, Instituto Jurídico, Universidad de Coimbra, pp. 11-40.
- MONTESERIN HEREDIA, Sergio (2016): «El desinterés de las comunidades autónomas en aplicar el Derecho de la Unión Europea a sus modelos de gestión de inspección técnica de vehículos. A propósito de la sentencia de 15 de octubre de 2015 del Tribunal de Justicia de la UE», en *Revista Unión Europea Aranzadi*, núm, 3, pp. 75-100.

- NEVADO-BATALLA MORENO, Pedro T. (2002): «Entidades de control y verificación de la calidad de la edificación: estatuto jurídico-público básico», en *El Consultor Inmobiliario*, núm. 14, pp. 22-32.
- NOGUEIRA LÓPEZ, Alba (2002): *Ecoauditorías, intervención pública ambiental y autocontrol empresarial*, Madrid, Marcial Pons, 404 pp.
- (2009): «Las entidades colaboradoras con la Administración, libre prestación de servicios y régimen de control preventivo de actividades», en *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, núm. 16, pp. 77-88.
- PADRÓS I REIG, Carlos (2009) «La articulación del concepto de “colaboración” desde el punto de vista del ordenamiento administrativo», en *REDA*, núm. 142, pp. 251-288.
- (2010): *La Administración invisible. Panorama general y ejemplos prácticos de entidades colaboradoras de la Administración pública*, Madrid, Dykinson, 474 pp.
- QUINTANA LÓPEZ, Tomás (2000): «El sistema comunitario de eco-auditoría. Aproximación a su puesta en funcionamiento», en *El Derecho Administrativo en el Umbral del siglo XXI*, en homenaje a R. Martín Mateo, Valencia, pp. 3501-3516.
- RAMÓN CERNI, José L. Rubio (1988): «Medio ambiente y calidad de vida», *Revista Valenciana d'estudis autonòmics* núm. 10, pp. 159-172.
- REBOLLO PUIG, Manuel (2015): «El Estado Autonómico tras la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado y sus principios de necesidad y eficacia nacional», en *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 91, pp. 91-144.
- RODRÍGUEZ-CAMPOS GONZÁLEZ, Sonia (2002): «Normalización industrial y Derecho Comunitario de la competencia», en *Revista de Administración Pública*, núm. 158, pp. 187-214.
- ROSADO PACHECO, Santiago (2013): «El procedimiento de certificación de la eficiencia energética de los edificios (referencia a la Comunidad Autónoma de Andalucía)», en GARCÍA RUBIO, Fernando Y MELLADO RUIZ, Lorenzo (Dirs.), *Eficiencia Energética y Derecho*, Dykinson, SL, Madrid, pp. 55-90.
- SAINZ MORENO, Fernando (1983): «Ejercicio privado de funciones públicas», en *RAP*, núm. 100-102, pp. 1778-1796.
- SÁNCHEZ MORÓN, Miguel (2017): *Derecho Administrativo. Parte General*, Madrid, Tecnos, 974 pp.
- SANTAMARÍA ARINAS, René Javier (2012): «Novedades, incentivos y problemas jurídicos del sistema europeo de ecogestión y auditoría ambiental (EMAS III)», *RADA* núm. 23, pp. 293-342.
- TARRÉS VIVES, Marc (1998): «Los sujetos privados en la gestión y auditoría medioambiental comunitaria. Su desarrollo en la Umweltauditgesetz alemana», en *Revista de Administración Pública*, núm. 145, pp. 503-542.

- (2013): «La integración del medio ambiente en los procesos de normalización y la prevención de restricciones al mercado interior», en SANZ LARRUGA, GARCÍA PÉREZ Y PERNAS GARCÍA (Dir.), *Libre Mercado y Protección Ambiental*, Madrid, INAP, pp. 227-250.
- VELASCO CABALLERO, Francisco (2014): «Sujetos privados en las comunicaciones previas y las declaraciones responsables para el control municipal de actividades económicas», en *REDA* núm.165, pp. 29-70.

EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA CONVIVENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DEL ESPACIO PÚBLICO(*)

NICOLÁS ALEJANDRO GUILLÉN NAVARRO

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.– II. ORDENANZAS DE CONVIVENCIA CIUDADANA Y SU FUNDAMENTO JURÍDICO.– III. OBJETO Y ÁMBITO DE APLICACIÓN.– IV. COMPORTAMIENTO CIUDADANO Y ACTUACIONES PROHIBIDAS: NORMAS DE CONDUCTA EN EL ESPACIO PÚBLICO: 1. Prostitución. 2. Mendicidad. 3. Nudismo o casi nudismo. 4. Tenencia de animales. 5. Degradación visual del entorno urbano: A) Residuos y basuras. B) Grafitos, pintadas y otras expresiones gráficas. C) Pancartas, carteles y folletos.– V. CONCLUSIÓN.– VI. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: La proliferación en los últimos años de regulaciones acerca de la convivencia ciudadana en el entorno urbano se debe fundamentalmente a la confluencia de necesidades proteccionistas encaminadas, por un lado, al reconocimiento del derecho de todos a comportarse libremente en los espacios públicos y a ser respetados en su libertad y, por otro, en la necesidad de asumir determinados deberes de convivencia y de respeto a la libertad, la dignidad y los derechos reconocidos a los demás, así como al mantenimiento del espacio público en condiciones adecuadas. Moda pasajera o no, lo que sí que es verdad es que términos como el de civismo están adquiriendo gran relevancia, fruto de lo cual en la actualidad la casi totalidad de los Ayuntamientos de capitales de provincia, los cuales son objeto de este estudio, cuentan con normativa al respecto.

Palabras clave: prostitución; mendicidad; nudismo; degradación visual; entorno urbano.

ABSTRACT: *In recent years, most of the Spanish's City Councils have approved regulations on citizen coexistence in the urban environment. There have been several major reasons for this: the right of everyone to behave freely in public spaces and to be respected in their freedom, the need to assume certain duties of coexistence and respect for the freedom, dignity and rights recognized for others, as well as the maintenance of public space in adequate conditions. Passenger fashion or not, what is true is that terms such as citizenship are gaining great relevance.*

Key words: *prostitution; beggary; nudism; visual degradation; urban environment.*

(*) Trabajo recibido en esta REVISTA el 17 julio 2017 y evaluado favorablemente para su publicación el 5 marzo 2018.

I. INTRODUCCIÓN

La existencia, cada vez más común, de conductas y comportamientos que pueden interferir negativamente en la vida del ciudadano, requiere la existencia de un marco jurídico que armonice la pacífica convivencia en el entorno urbano, expandiéndose su acción tanto a los espacios públicos, como también, en algunos casos, a los privados (JIMÉNEZ ASENSIO, 2011) (1). Como apunta MERINO ESTRADA (2006: p. 493), aunque las Ordenanzas de convivencia ciudadana realzan el valor de las políticas preventivas, tampoco pueden considerarse normas esencialmente sancionadoras. Sí que es verdad que la regulación de ciertas conductas no es una empresa fácil, ya no sólo por la problemática en cuanto a la interferencia local en la imposición de sanciones, sino incluso por el alcance sobre el ciudadano más cuando se trata de un extranjero residente (JIMÉNEZ ASENSIO, 2005: p. 61). En este sentido, el establecimiento de toda una serie de deberes, limitaciones y prohibiciones, así como la adopción de medidas para su cumplimiento, constituyen elementos esenciales en la puesta en marcha y funcionamiento de dichas Ordenanzas.

El que la Ciudad sea entendida como un espacio social de convivencia (DÍAZ RUIZ, 2005), lleva consigo la necesidad de articular diferentes acciones por parte de los poderes públicos en aras de lograr, aparte de la «sostenibilidad social» (PONCE SOLÉ, 2002), la recuperación de las «virtudes cívicas», además de dar solución al proceso de deterioro de la convivencia en las ciudades (CASINO RUBIO, 2003: p.2), circunstancias todas ellas que serán analizadas a continuación.

II. ORDENANZAS DE CONVIVENCIA CIUDADANA Y SU FUNDAMENTO JURÍDICO

Como se ha señalado anteriormente, la casi totalidad de los Ayuntamientos de las capitales de provincia españolas cuentan con Ordenanzas de convivencia ciudadana, las cuales adoptan diferentes denominaciones en su tratamiento ya que, aunque la mayoría utilizan la convivencia ciudadana como elemento articulador, no siempre es así. Por ejemplo, el Ayuntamiento de Tenerife se decanta por la expresión «policía y buen gobierno», el Ayuntamiento de Toledo por la referencia a la «conservación del entorno urbano», o el de Bilbao por el «espacio público», añadiéndose incluso la vinculación entre convivencia y ocio

(1) Estos principios se pueden encontrar en las diferentes exposiciones de motivos de las Ordenanzas de convivencia ciudadana que serán analizadas a continuación. Como ejemplo, se puede destacar la Ordenanza de la Ciudad de Barcelona con una delimitación clara y amplia de la gran importancia de este tipo de normativas en una sociedad cada vez más globalizada. *Vid.* CASINO RUBIO (2012: p. 9 y ss.) e IBÁÑEZ PICÓ (2008: p. 144 y ss.).

como es el caso del Ayuntamiento de Ciudad Real, la protección del paisaje y la limpieza de la vía pública en el Ayuntamiento de San Sebastián o la prevención de actos vandálicos en el Ayuntamiento de Zamora (2). En este sentido,

(2) A Coruña: Ordenanza local para regular la convivencia y el ocio en el espacio público de la ciudad de A Coruña (B.O.P. de La Coruña de 21 de junio de 2008); Albacete: Ordenanza reguladora de los espacios públicos de Albacete para fomentar y garantizar la convivencia ciudadana y el civismo (B.O.P. de Albacete, núm. 49, de 29 abril 2015); Ávila: Ordenanza municipal sobre convivencia ciudadana (B.O.P. de Ávila de 23 de julio de 2008); Badajoz: Ordenanza Municipal de Policía Urbana (B.O.P. de Badajoz 20 de diciembre de 2013); Barcelona: Ordenanza de medidas para fomentar y garantizar la convivencia ciudadana en el espacio público de Barcelona (B.O.P. de Barcelona 24 enero 2006); Bilbao, Ordenanza del espacio público (aprobada definitivamente por acuerdo plenario de fecha 23 de septiembre de 2010, Publicada en BOB, núm. 186, de 27 de septiembre de 2010); Cáceres (Ordenanza municipal reguladora de la convivencia ciudadana y de la protección del entorno urbano (B.O.P. de Cáceres de 5 de junio de 2006); Castellón de la Plana: Ordenanza municipal de convivencia ciudadana de Castellón de la Plana (B.O.P. de Castelló, núm. 133, del 1 de noviembre de 2008), Ciudad Real: Ordenanza reguladora de la convivencia y el ocio en el término municipal de Ciudad Real; Cuenca: Ordenanza Municipal para proteger los espacios públicos y la convivencia ciudadana (B.O.P. de Cuenca de 15 junio de 2009) Girona: Ordenanza general de convivencia ciudadana y vía pública (B.O.P. de Girona, número 120, de 27 de agosto de 1996); Granada: Ordenanza de medidas para fomentar y garantizar la convivencia ciudadana en el espacio público de Granada (B.O.P. de Granada, núm. 202, de 21 octubre de 2009); Guadalajara: Ordenanza de medidas para fomentar y garantizar la convivencia ciudadana en el espacio público de Guadalajara (B.O.P. de Guadalajara, núm. 156, de 30 diciembre 2009); Huesca: Ordenanza de convivencia del Ayuntamiento de Huesca (B.O.P. de Huesca 23 diciembre 2008); La Palma: Ordenanza reguladora del uso cívico de los espacios públicos (publicado en el BOIB, núm. 40, del 19 de marzo de 2011), Ordenanza para fomentar y garantizar la convivencia cívica en la ciudad de Palma de Mallorca, publicada en el BOIB núm. 69 de 20 de mayo de 2014 (Derogada por sentencia núm. 45 de la Sala Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia, de fecha 2 de febrero de 2016); Las Palmas de Gran Canaria: Ordenanza de 11 de marzo 2011, reguladora del uso cívico de los espacios públicos; León: Ordenanza del Excmo. Ayuntamiento de León sobre protección de la convivencia ciudadana y prevención de las conductas antisociales; Lleida: Ordenanza municipal de civismo y convivencia de la ciudad de Lleida (B.O.P. de Lleida, núm. 36, de 13 de marzo de 2007); Logroño: Ordenanza Municipal de fomento de la convivencia ciudadana (B.O.P. de La Rioja, núm. 21, de 14 febrero 2011); Madrid: Ordenanza Municipal de Policía Urbana y Gobierno de la Villa (BO. Ayuntamiento de Madrid 16/07/1948); Málaga: Ordenanza Municipal para la garantía de la convivencia ciudadana y la protección del espacio urbano de Málaga (B.O.P. de Málaga 14 febrero 2013); Melilla: Decreto n.º 266 de fecha 5 de mayo de 2015, relativo a aprobación definitiva del reglamento para la garantía de la convivencia ciudadana y la protección del espacio urbano en la Ciudad autónoma de Melilla (B.O.P. de la Ciudad de Melilla de 12 de mayo de 2015); Oviedo: Ordenanza municipal de convivencia ciudadana (B.O.P. del Principado de Asturias, núm. 136, de 14 de junio de 2010); Pamplona: Ordenanza municipal sobre promoción de conductas cívicas y protección de los espacios públicos (BO. Navarra núm.15 de 3 de febrero de 2006 y BON núm. 61 de 22 de mayo de 2006); Salamanca: Ordenanza municipal sobre protección de la convivencia ciudadana (B.O.P. de Salamanca, núm. 223, 19 de noviembre de 2008 y BOP. Salamanca núm. 220. 13 de noviembre de 2015); San Sebastián: Ordenanza sobre el civismo, reguladora del uso y la limpieza de la vía pública y la protección del paisaje urbano (B.O.P. de

deben tenerse en cuenta los antecedentes normativos para entender el actual compendio normativo acerca de la convivencia ciudadana. Con ello, conviene aludir necesariamente ya no sólo a las distintas disposiciones recogidas en los sucesivos Códigos Penales aprobados o la Ley de Orden Público de 30 de julio de 1959, sino también a las Ordenanzas de policía y buen gobierno, que ya recogían la tipificación por el ámbito local y de manera autónoma de infracciones y sanciones administrativas, y que todavía coexisten como ocurre con la veterana Ordenanza Municipal de Policía Urbana y Gobierno de la Villa de Madrid de 1948. Dada esta situación, puede identificarse una confluencia entre Ordenanzas de convivencia ciudadana y Ordenanzas de policía y buen gobierno que, si bien tienen un mismo espíritu regulatorio, difieren en la mayoría de las ocasiones sólo en la nomenclatura que los Ayuntamientos otorgan (PEMÁN GAVÍN: 2007, p. 12, 20-21).

Centrándonos en el ámbito competencial relacionado con la aprobación municipal de estas Ordenanzas, hay varios aspectos conflictivos a dilucidar.

Gipuzkoa núm. 183 de 22 de septiembre de 2004); Santa Cruz de Tenerife: Ordenanza municipal de policía y buen gobierno (B.O.P. núm. 26 de septiembre de 1986); Santander (Ordenanza municipal sobre protección de la convivencia ciudadana y prevención de actuaciones antisociales); Segovia: Ordenanza de convivencia ciudadana (B.O.P de Segovia, núm. 47, de 20 de abril de 2011); Sevilla: Ordenanza Municipal de Medidas para el Fomento y Garantía de la convivencia ciudadana (B.O.P de Sevilla, núm. 166 de 18 julio de 2008); Tarragona (Ordenanza general de convivencia ciudadana y de uso de los espacios públicos de Tarragona (B.O.P de Tarragona núm. 158, del día 11 de julio de 2005, y núm. 201, del día 1 de septiembre de 2005); Teruel: Ordenanza de convivencia ciudadana y protección del paisaje urbano de Teruel (B.O.P de Teruel, núm. 34 de 18 febrero de 2011); Toledo: Ordenanza municipal de conservación del entorno urbano (B.O.P de Toledo de 23 de julio de 1993); Valladolid: Ordenanza municipal de protección de la convivencia ciudadana y prevención de actuaciones antisociales (B.O.P de Valladolid núm. 76, de 31/03/2012); Zamora: Ordenanza de convivencia ciudadana y prevención de actos vandálicos (B.O.P de Zamora 25 febrero 2011). Como se comprueba la regulación de la convivencia ciudadana en el ámbito local es profusa, habiéndose elaborado incluso por la Federación Española de Municipios y Provincias (2017) una Ordenanza tipo. Por otra parte, si bien algunas capitales de provincia no cuentan con una Ordenanza de convivencia ciudadana, sí que disponen de otras Ordenanzas que tratan aspectos concretos que se vinculan a la anterior como puede ser la limpieza urbana, tenencia y circulación de animales, publicidad y uso de la vía pública, protección del ambiente acústico, expedición de alcohol y tabaco a menores de dieciséis años (Ayuntamiento de Cádiz), playas y calas, disparo de fuegos de artificio (Ayuntamiento de Alicante); venta ambulante (Ayuntamiento de Huelva); uso de zonas verdes (Ayuntamiento de Orense); protección de la atmósfera (Ayuntamiento de Palencia); protección de espacios naturales, parques jardines, arbolado urbano y protección de animales y regulación de su tenencia (Ayuntamiento de Soria); utilización de la playas y zona adyacente o el ejercicio de la prostitución en la vía pública (Ayuntamiento de Valencia); suelta de perros en parque públicos, uso de las zonas verdes, protección del arbolado urbano, limpieza pública, recogida y tratamiento de residuos sólidos (Ayuntamiento de Zaragoza), siendo los más comunes la de tenencia de animales, venta ambulante o limpieza urbana.

Como punto de partida conviene aludir a diferentes preceptos constitucionales que delimitan la intervención municipal al respecto. El derecho constitucional a disfrutar de un ambiente agradable y adecuado en la ciudad recogido en el art. 45 CE, la obligación de los poderes públicos de velar por la utilización racional de todos los recursos y mejorar la calidad de vida, o la garantía de la autonomía municipal (art. 137 CE), son algunos de los elementos esenciales para la intervención municipal en el logro del llamado «entorno urbano de calidad», en el que la pacífica convivencia entre iguales es imprescindible (3).

Dejando a un lado la potestad reglamentaria recogida en el art. 4.1.a) de la Ley 7/1985 de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, en adelante LBRL, es en su Título XI, añadido por la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del Gobierno Local, donde se concentra el fundamento jurídico de estas Ordenanzas al insertarse la regulación de determinados usos que por «incívicos» resultan incompatibles con la debida protección del uso común del espacio público (4). Así, los artículos 139 a 141 LBRL posibilitan el que los Ayuntamientos, para la adecuada ordenación de las relaciones sociales de convivencia de interés local y del uso de sus servicios, equipamientos, infraestructuras, instalaciones y espacios públicos, en defecto de normativa sectorial específica, puedan establecer los tipos de las infracciones e imponer sanciones por el incumplimiento de deberes, prohibiciones o limitaciones (5). No obstante, tal y como indican distintos pronunciamientos judiciales, al determinar las concretas conductas infractoras, las Ordenanzas locales deben respetar «el límite de antijuricidad material», lo que supone que el bien jurídico protegido por la infracción debe ser alguno de los que genéricamente señala el artículo 139 LBRL, es decir, la convivencia

(3) *Vid.* Exposición de motivos de la Ordenanza del Ayuntamiento de Albacete: «Son muchas las circunstancias que inciden en el logro de este entorno urbano de calidad: las diversas formas de contaminación del medio, la tranquilidad, la pacífica convivencia ciudadana, el silencio, el tránsito sin restricciones en los espacios públicos, etc., y adquiere una especial trascendencia en la ordenación y gestión de la ciudad, constituyendo un reto que debe afrontarse para que sea una realidad el derecho de los vecinos, vecinas y visitantes a disfrutar de un ambiente urbano adecuado para el desarrollo de la persona».

(4) Ello puesto en relación con la Carta Municipal de Barcelona, aprobada por la Ley 22/1998, de 30 de diciembre, en la que se recoge la posibilidad de que mediante Ordenanza se pudieran regular conductas calificadas como infracción administrativa y relacionadas directamente con la gestión del espacio (*vid.* Ayuntamiento de Barcelona).

(5) *Vid.* Exposición de motivos de las Ordenanzas del Ayuntamiento de Barcelona, Castellón de la Plana o Zamora. Con ello se capacita a cada Municipio para concretar los distintos tipos de infracciones, de conformidad con las competencias atribuidas en los artículos 4 y 25 en materia de conservación y tutela de los bienes públicos, de protección de la seguridad de los lugares públicos, de policía urbanística, de protección del medio ambiente, etc.

y el uso de servicios, bienes y espacios públicos de interés local (6). A su vez, debe añadirse otro aspecto importante y es que la mera atribución por Ley de competencias a los Municipios, de conformidad con el art. 25.2 LBRL, no conlleva la autorización para que cada Municipio tipifique por completo y según su propio criterio las infracciones y sanciones administrativas en aquellas materias atribuidas a su competencia (7).

Por otra parte, no hay que obviar la problemática jurisprudencial en torno a la competencia propia de los Entes Locales para establecer infracciones y sanciones en relación con el principio de legalidad, hecho que ha tenido reflejo en diversos pronunciamientos acerca precisamente de la imposición de sanciones por parte de Ayuntamientos a raíz de la aparición de estas Ordenanzas de convivencia ciudadana. En este sentido, a la hora de analizar la potestad sancionadora de la Administración Local de conformidad con el art. 25 CE (8), conviene acudir a la sentencia del Tribunal Constitucional 132/2001, de 8 de junio, citada en la exposición de motivos de la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, la cual delimitó el alcance de la potestad

(6) Sentencia núm. 449/2014 de 1 julio del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª): «Se prevé una infracción para la que, pese a lo que manifiesta la parte demandante, existe habilitación normativa de conformidad con lo expresado en el título XI de la LBRL. La habilitación para el establecimiento de infracciones y sanciones la concede la Ley de Bases de Régimen Local para la adecuada ordenación de las relaciones de convivencia de interés local y del uso de sus servicios, equipamientos, infraestructuras, instalaciones y espacios públicos. Ése es el criterio de atribución de competencia, debiendo considerar inserto en el mismo la regulación de la actividad de la prostitución, o cualquier otra, si la misma es desarrollada en los espacios públicos y puede tener incidencia en el uso que los demás hayan de hacer de los mismos, por cuya adecuada utilización debe velar la administración local, o en la pacífica convivencia».

(7) En relación con la incidencia de las potestades municipales y la incidencia de la figura de la Ordenanza municipal puede consultarse a BLASCO DIEZ (2001). Por otra parte, en lo relativo a la relación existente entre Ordenanzas municipales y reserva de ley sancionadora conviene apuntar los estudios de VELASCO CABALLERO y DIEZ SASTRE (2004); Alegre Ávila (2004) y ORTUÑO RODRÍGUEZ (2009).

(8) La identidad de principios entre sanciones penales y administrativas fue afirmada por el Tribunal Constitucional en sentencias 2/1981, de 30 de enero, y 18/1981, de 8 de junio. A su vez, la sentencia del Tribunal Constitucional, 42/1987, de 7 de abril, estableció que el contenido nuclear del principio de legalidad en materia sancionadora (referida al Estado y Comunidades Autónomas) integra, al menos, una doble garantía: «El derecho fundamental así enunciado incorpora la regla “nullum crimen nulla poena sine lege”, extendiéndola incluso al ordenamiento sancionador administrativo, y comprende una doble garantía. La primera, de orden material y alcance absoluto [...]. La segunda, de carácter formal [...]». Por otra parte, las sentencias núm. 822/2010, de 16 septiembre; núm. 434/2005, de 5 abril; núm. 1935/2004, de 14 diciembre, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª) recogen un análisis en profundidad de la incidencia del art. 25.1 CE en el marco de la jurisprudencia constitucional.

sancionadora local (9). Adoptando un criterio flexible, el Tribunal Constitucional, en el fundamento jurídico sexto de la citada sentencia, señala que del art. 25.1 CE se derivan dos exigencias mínimas en relación a la tipificación de infracciones y sanciones por las Ordenanzas municipales (10). Así, en primer lugar, en lo referido a la tipificación de infracciones, corresponde a la Ley la fijación de los criterios mínimos de antijuridicidad o, mejor dicho, los criterios que orienten y condicionen la valoración de cada Municipio a la hora de establecer los tipos de infracción (11). Además, en segundo lugar, del art. 25.1 CE debe entenderse la exigencia de que la Ley reguladora de cada materia sea la que establezca las clases de sanciones que pueden establecer las Ordenanzas municipales, entendiéndose por tal el hecho de que la Ley establezca «una relación de las posibles sanciones que cada Ordenanza Municipal puede predeterminar en función de la gravedad de los ilícitos administrativos que ella misma tipifica» (12).

(9) Una explicación de la evolución normativa y jurisprudencial de esta problemática se puede encontrar en el fundamento jurídico octavo de la sentencia núm. 1560/2014, de 2 junio, Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Granada (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª). En este sentido, se señala que la legislación municipal aprobada desde principios del siglo XIX hasta la promulgación de la misma Constitución en el último tercio del siglo XX, se caracterizó por «la mera atribución legislativa formal de la potestad sancionadora a favor de los municipios, reconociendo a las Ordenanzas como el instrumento adecuado para que aquéllos, en el ámbito de sus competencias, tipificaran las infracciones y determinaran las correspondientes sanciones, eso sí, sin poder infringir las leyes o disposiciones generales del Estado (vinculación negativa)».

(10) *Vid.* Sentencias núm. 409/2009 de 26 marzo (fundamento de derecho séptimo) y núm. 974/2014, de 12 diciembre (fundamento de derecho segundo), del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª).

(11) *Vid.* Sentencia núm. 229/2013, de 20 de febrero, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª), en su fundamento jurídico vigésimo quinto: «Por tanto la Ley respeta y reconoce el principio de legalidad pero establece una serie de criterios mínimos de antijuridicidad conforme a los cuales cada Ayuntamiento puede establecer tipos de infracciones, doctrina está elaborada por la propia Sentencia del Tribunal Constitucional que la exposición de motivos cita. Los criterios mínimos de antijuridicidad se encuentra en el actual artículo 139 de la Ley reguladora de las Bases del Régimen Local dedicado a la tipificación de infracciones y sanciones en determinadas materias y que establece que para la adecuada ordenación de las relaciones de convivencia de interés local y del uso de sus servicios, equipamientos, infraestructuras, instalaciones y espacios públicos, los entes locales podrán, en defecto de normativa sectorial específica, establecer los tipos de las infracciones e imponer sanciones por el incumplimiento de deberes, prohibiciones o limitaciones contenidos en las correspondientes Ordenanzas, de acuerdo con los criterios establecidos en los artículos siguientes». Parecido análisis se recoge en las Sentencias núm. 61/2013, de 8 de mayo; 125/2012, de 2 de febrero; 835/2005, de 21 de junio; 592/2005, de 6 mayo; 1916/2004, de 9 diciembre; núm. 104/2005, de 28 de enero; 1868/2004, de 30 noviembre; 1784/2004, de 23 noviembre, del mismo tribunal.

(12) Cabe concluirse, como indica la sentencia núm. 1560/2014, de 2 junio, del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Granada, que, según el Tribunal Constitucional,

La delimitación hecha por el Tribunal Constitucional conllevó la introducción del Título XI de la Ley de Bases del Régimen Local por la Ley 57/2003, de 16 de diciembre (13), modificándose a su vez los ya derogados artículos 127.1 y 129.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y el Procedimiento Administrativo Común, referentes al principio de legalidad y de tipicidad en la potestad sancionadora de las Administraciones Públicas, haciendo una remisión concreta, para las entidades locales, al Título XI LBRL. Analizando dicho Título se extrae el establecimiento de unos criterios mínimos de antijuridicidad con base en los cuales los Entes Locales pueden establecer infracciones (artículos 139 y 140), para después recogerse en el artículo 141 un catálogo de sanciones pecuniarias con el objeto de que se pueda seleccionar la consecuencia que lleva aparejada la conducta ilícita predeterminada (STC 132/2001, de 8 de junio) (14). Con ello puede decirse que el Título XI ha dado una «cobertura legal genérica a todas las ordenanzas municipales siempre que respeten las limitaciones establecidas en los artículos 139, 140 y 141 LBRL o las establecidas en la legislación sectorial», operando el art. 139 como cláusula habilitante para que las Entidades Locales puedan establecer tipos de infracciones e imponer sanciones por el incumplimiento de deberes, prohibiciones o limitaciones contenidas en las correspondientes Ordenanzas (Merino Estrada, 2006: p. 488) (15). Por otra parte, como señala

«las Ordenanzas (o reglamentos locales) son las que realmente tipifican las infracciones y sanciones, es decir, las que definen las conductas ilícitas merecedoras de un concreto reproche o sanción que también concretan. Las Ordenanzas, en suma, son las que se encargan de cumplir el requisito de la “taxatividad” (garantía material del principio de legalidad)». No obstante, como señala la propia sentencia, hay que aludir en este marco jurisprudencial la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de septiembre de 2003, donde «en aras de la autonomía local y en atención a la legitimación democrática ostentada por el Pleno Municipal, sentó una doctrina favorable a que las Ordenanzas tipificaran infracciones y sanciones en ausencia de legislación que señalase los criterios mínimos de antijuridicidad y el catálogo de posibles sanciones, utilizando un criterio hermenéutico adaptado a las actuales “necesidades sociales”, no sólo considera que son conformes a derecho las normas locales sancionadoras dictadas con sustento en una “Ley de mínimos” (STC 132/2001), sino también aquellas que se aprueben en ausencia de toda disposición legal».

(13) Doctrina seguida en las sentencias del Tribunal Constitucional 16/2004, de 23 de febrero, «Pub Belfast de Gijón», y la 25/2004, de 26 de febrero, «Discoteca Indian de Santander». Referencia a la importancia de la exposición de motivos de la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, se puede encontrar en la sentencia núm. 134/2012 de 30 enero, del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Valladolid (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª), en su fundamento jurídico undécimo.

(14) Vid. Sentencia núm. 1560/2014, de 2 junio, del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía y sentencias núm. 409/2009, de 26 marzo, y 822/2010, de 16 septiembre, del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª), haciendo referencia a la Sentencia del Tribunal Constitucional 132/2001, de 8 de junio.

(15) Sentencia núm. 134/2012 de 30 enero, del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Valladolid (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª).

JIMÉNEZ ASENSIO (2005: pp. 50-51), si para la concreción de las infracciones y sanciones por Ordenanza municipal se hace necesario e imprescindible que exista una norma con rango de ley que establezca los criterios generales, la inexistencia de la misma conlleva el importante dilema de cuál es la base de actuación de la Ordenanza. En este sentido, se ha venido a aludir un menoscabo de la potestad municipal, dando como solución el dotar de sustantividad a la potestad reglamentaria atribuida a los municipios a través del principio de autonomía local constitucionalmente garantizado e interpretado a la luz de la Carta Europea de la Autonomía Local de 15 de octubre de 1985.

También referido a la competencia propia de los Entes Locales para establecer infracciones y sanciones, dentro de la jurisprudencia ha sido igualmente tratado el problema relativo a la confluencia de la legislación sectorial en los procedimientos sancionadores. La posibilidad de que se establezca en una Ordenanza el que sean aplicables las sanciones recogidas por la legislación especial si son de cuantía superior a las previstas en aquella, es censurada por la jurisprudencia, declarándose su nulidad, al entender que ello implica que en un expediente incoado por la Corporación Local por la infracción de la Ordenanza municipal se puedan imponer sanciones económicas mayores que las delimitadas en el art. 141 LRRL aplicando, como digo, la legislación sectorial especial (véase Código Penal o la Ley Orgánica de Protección ciudadana) siendo para esta caso competentes otros órganos o autoridades diferentes a los locales. A ello se sumaría un incumplimiento ya no sólo del principio *non bis in ídem*, sino también del principio de proporcionalidad en cuanto que «dicho exceso punitivo haría quebrar la garantía del ciudadano de previsibilidad de las sanciones, creando una sanción ajena al juicio de proporcionalidad realizado por el legislador y materializando la imposición de una sanción no prevista legalmente» (16). Conviene señalar que la relación de este tipo de Ordenanzas tanto con el Código Penal, como con la Ley Orgánica de protección ciudadana, no ha sido algo puntual. En este sentido, el Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre, por el que se publica el Código Penal, texto refundido conforme a la Ley 44/1971, de 15 de noviembre, en su artículo 603, ya disponía que aunque se pudieran establecer infracciones y sanciones por parte de las disposiciones reglamentarias del ámbito local (Ordenanzas de policía y buen gobierno), éstas no debían establecer penas mayores que

(16) Fundamento jurídico octavo *in fine* de la Sentencia núm. 1560/2014 de 2 junio, del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Granada (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª), la cual alude, en lo referido al principio de proporcionalidad, a las Sentencias del Tribunal Constitucional núm. 154/1990, de 15 de octubre (fundamento jurídico 3º), 177/1999, de 11 de octubre (fundamento jurídico 3); 2/2003, de 16 de enero, fundamento jurídico 3 a) y 229/2003, de 18 de diciembre, fundamento jurídico 3) y Auto del Tribunal Constitucional 329/1995, de 11 de diciembre (fundamento jurídico).

las señaladas en el Código Penal, aun cuando hubiera de imponerse en virtud de atribuciones gubernativas, a no ser que se determinare otra cosa por leyes especiales (17). A ello había que sumar el hecho de la inclusión en el Código Penal de diversas infracciones que eran incluidas entre las faltas «contra los intereses generales y régimen de las poblaciones» (Título II, Libro III) entre las que se encontraba, por ejemplo, el arrojar animales muertos, basuras o escombros en las calles o en sitios públicos donde estuviera prohibido hacerlo o el ensuciar fuentes o abrevaderos (multa de 25 a 1.000 pesetas y represión privada). No obstante, como señala PEMÁN GAVÍN (2007: p.13), la progresiva desaparición de estas infracciones tanto por la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código Penal, como posteriormente por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, dejaron vía libre para que el ámbito local asumiera el protagonismo en la regulación de estas conductas (18).

Además del conflicto sancionador entre estas Ordenanzas y el ámbito penal, no hay que obviar otra conexión, en este caso, con el ámbito de la seguridad ciudadana. La inserción de la convivencia social en la Ley de Orden Público de 30 de julio de 1959 a través de la consideración como actos contrarios al orden público los que alterasen la paz pública o la convivencia social (artículo 2) o, como de nuevo señala PEMÁN GAVÍN (2007: p.15), la habilitación del Alcalde para imponer multas por actos contrarios al orden público realizados en el respectivo Municipio hasta una determinada cuantía, tuvieron su continuación en la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, de Protección de la Seguridad Ciudadana, en donde se incluían algunos comportamientos

(17) Vid. Pemán Gavín (2007: p. 18). Hecho que ya se recogió en términos parecidos en el Código Penal de 1848 (art. 493), así como en los Códigos de 1850 (art. 505), de 1870 (art. 505), 1932 (art. 599), 1944 (art. 603) y finalmente, como se ha indicado, 1973 (art. 603).

(18) Ello sin olvidar, como recuerda PEMÁN GAVÍN (2007: p. 17), que la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social de 4 de agosto de 1970, derogada por el Código Penal de 1995, permitía aplicar diversas medidas de seguridad en supuestos como la realización de actos de homosexualidad; ejercicio de la prostitución; promoción o fomento del tráfico, comercio o exhibición de cualquier material pornográfico o su apología; mendigos habituales y los que vivieren de la mendicidad ajena o explotaren con tal fin a menores, enfermos, lisiados o ancianos; o aquellos que «con notorio menosprecio de las normas de convivencia social y buenas costumbres o del respeto debido a personas o lugares, se comportaren de modo insolente, brutal o cínico, con perjuicio para la comunidad o daño de los animales, las plantas o las cosas» (art. 2). Conductas algunas de ellas que ya eran recogidas en la Ley de vagos y maleantes de 1933 y su Reglamento de 1935 (trata de blancas, prostitución, venta de alcohol a menores de catorce años) a las que se sumaba un control sobre ciertos colectivos como mendigos, ebrios y toxicómanos o aquellos que explotaran o cooperaran en la explotación de juegos prohibidos (art. 2 de la Ley). Acerca de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social se pueden consultar los estudios de SERRANO GÓMEZ (1974: pp. 261-274) y MORENILLA RODRÍGUEZ (1977: pp. 65-82). En cuanto a la Ley de Vagos y Maleantes, HEREDIA URZÁIZ (2009).

incívicos producidos en el ámbito urbano, además de reconocer a los Alcaldes ciertas competencias sancionadoras en esta materia.

La actual regulación (Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo) considera la preservación de la seguridad y la convivencia ciudadanas como uno de los fines ya no sólo de la norma, sino también de la acción de los poderes públicos en su ámbito de aplicación. Esto se traduce en la incorporación de algunas conductas que se incluyen en las Ordenanzas de convivencia ciudadana, como la solicitud o aceptación de servicios sexuales retribuidos en zonas de tránsito público en las proximidades de lugares destinados a su uso por menores o que puedan generar un riesgo para la seguridad vial (art. 36.11); los daños o el deslucimiento de bienes muebles o inmuebles de uso o servicio público, así como de bienes muebles o inmuebles privados en la vía pública, cuando no constituyan infracción penal (art. 37.13); dejar sueltos o en condiciones de causar daños a animales feroces o dañinos, así como abandonar animales domésticos en condiciones en que pueda peligrar su vida (art. 37.16); o el consumo de bebidas alcohólicas en lugares, vías, establecimientos o transportes públicos cuando se perturbe gravemente la tranquilidad ciudadana (art. 37.17) (19). Además, de nuevo se recoge la habilitación de los Alcaldes para poder imponer las sanciones y adoptar las medidas previstas en Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, cuando las infracciones se cometieran en espacios públicos municipales o afecten a bienes de titularidad local, siempre que se ostente competencia sobre la materia (art. 32), dando, eso sí, más libertad al eliminarse la previa audiencia de la Junta Local de Seguridad o las limitaciones por la población de los municipios y cuantía de la sanción que recogía la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero (art. 29.2). También debe aludirse otro aspecto importante como es la posibilidad de que disposiciones reglamentarias de desarrollo puedan introducir especificaciones o graduaciones en el cuadro de las infracciones y sanciones tipificadas en la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, hecho que hay que vincular con las Ordenanzas municipales de convivencia de ciudadana que con ello pueden introducir especificaciones o graduaciones en el cuadro de las infracciones y sanciones tipificadas en la Ley siempre y cuando no constituyan unas nuevas, ni se altere su naturaleza y límites (art. 32.3 in fine). Esta circunstancia debe poner en correlación con la amplitud de supuestos a incluir dentro del caso de daños o deslucimiento de bienes muebles o inmuebles de uso o servicio público, así como de bienes muebles o inmuebles privados en la vía pública, más cuando se permite que estas Ordenanzas puedan contribuir a la más

(19) Así, el ofrecimiento de servicios sexuales se considera infracción grave sancionable con multa de 601 a 30.000 euros, siendo el resto de las conductas señaladas infracciones leves a las que asignan multa de 100 a 600 euros (art. 39).

correcta identificación de las conductas o a la más precisa determinación de las sanciones correspondientes (20).

El sustento jurídico de las Ordenanzas de convivencia ciudadana no hay que verlo únicamente desde el prisma del ordenamiento jurídico español, sino también desde el ámbito europeo a través de la Carta Europea de Autonomía Local y la Carta europea de salvaguarda de los derechos humanos en la ciudad. La importancia de que las Entidades locales puedan ordenar y gestionar una parte importante de los asuntos públicos bajo su propia responsabilidad y en beneficio de sus habitantes (art. 3.1 de la Carta Europea de Autonomía Local), supone el que los Ayuntamientos puedan llevar a cabo las correspondientes acciones de fomento para promover los valores de convivencia y el civismo en la ciudad (21), sumándose además una atribución de potestades no únicamente de ejecución o mera gestión (MERINO ESTRADA, 2006: p. 495), sino ante todo normativas (art. 4.4). Para finalizar, a todo lo demás se añade lo dispuesto por la Carta europea de salvaguarda de los derechos humanos en la ciudad donde también se incluyen acciones de promoción de las autoridades locales en esta materia, recalcando el objetivo de lograr, «por todos los medios de que disponen», el respeto de la dignidad de todos y la calidad de vida de sus habitantes, además de la materialización efectiva de lo que viene a ser denominado «derecho a la ciudad», acompasado por otros no menos importantes como son el derecho al medio ambiente, al ocio o a la tranquilidad en la ciudad (22).

III. OBJETO Y ÁMBITO DE APLICACIÓN

A la hora de analizar la incidencia de las Ordenanzas de convivencia ciudadana, conviene en primer lugar delimitar el objeto y ámbito de aplicación, para posteriormente acudir al amplio catálogo regulatorio de actuaciones prohibidas, teniendo presente que la jurisprudencia viene considerando los términos «convivencia» o «civismo» como conceptos jurídicos indeterminados (23).

(20) De igual manera hay que puntualizar la relación entre este tipo de Ordenanzas con los derechos fundamentales. Como explica CASINO RUBIO (2011, p. 765), la jurisprudencia ha venido a analizar hasta qué punto se produce una vulneración de la reserva de Ley orgánica en materia de derechos fundamentales cuando se tratan algunas conductas, decantándose, entre otros pronunciamientos, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 26 de marzo de 2009, porque una Ordenanza pueda regular materias accesorias de esos derechos fundamentales y libertades públicas y con ello incidir en la regulación municipal de éstos.

(21) Como indica JIMÉNEZ ASENSIO (2005: pp. 33-34), dicho artículo engloba el reconocimiento explícito de las potestades normativas municipales, teniendo como límite la Ley.

(22) Vid. VAQUER CABALLERÍA (2003) y GUILLÉN LANZAROTE (2013).

(23) Sentencia núm. 1560/2014 de 2 junio, del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Granada (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª).

Haciendo un estudio comparado de las Ordenanzas actualmente vigentes en las capitales de provincia españolas, se observa que el objeto de estas normas sigue un modelo semejante, partiendo del hecho de la prevención de cualesquiera actuaciones de personas físicas o jurídicas que sean perturbadoras de la convivencia ciudadana (Ayuntamiento de Lérida, art. 1) (24). A ello se suma la protección de los bienes, instalaciones y elementos, públicos o privados que conforman el patrimonio de la ciudad, tanto urbanístico, como arquitectónico, frente a las agresiones, alteraciones y usos ilícitos de que pudieran ser objeto (Cáceres, art 1). No obstante, hay Ordenanzas, como la del Ayuntamiento de Castellón de la Plana (arts. 1,2 y 8), que van más allá al no sólo promocionar, exigir y fomentar la convivencia y el civismo en los espacios públicos, sino también la creación de un ámbito de libertad basado en el respeto a la dignidad y a los derechos de los ciudadanos. Así, la búsqueda del bienestar colectivo o que la Ciudad sea un marco natural de convivencia y de iniciativa social (de nuevo, Ayuntamiento de Lérida, art. 1) son objetivos básicos, pudiendo sancionarse las actitudes incívicas, negligentes o irresponsables que deterioren esa «calidad de vida».

Es verdad que a la hora de comprobar qué debe entenderse por convivencia ciudadana, las Ordenanzas adaptan este concepto a sus necesidades regulatorias, por ejemplo, a la armonización de los derechos al ocio y al descanso (Ciudad Real, art. 1); el fomento de la convivencia y el civismo, especialmente dirigidos a los niños, niñas y a la juventud (Ayuntamiento de Castellón de la Plana); el fomento de la sensibilización ciudadana como instrumento más adecuado para erradicar las conductas incívicas y antisociales, haciendo prevalecer los valores de la convivencia y el mejor desarrollo de las libertades públicas (Ayuntamiento de Melilla, art. 1); el evitar una utilización abusiva y excluyente de los espacios públicos por los vecinos que perturbe la normal convivencia ciudadana, la gestión de residuos municipales y limpieza viaria; el derecho de las personas al descanso nocturno (Ayuntamiento de La Coruña, art. 1); el fomento de la educación para la salud y la prevención del consumo abusivo del alcohol y otras drogas (25); el respeto pleno a la dignidad y a los derechos de los demás y a la pluralidad de expresiones culturales, políticas, lingüísticas y religiosas y de formas de vida diversas existentes (Ayuntamiento de Palma, art. 1); la limpieza de la vía pública o el ornato de inmuebles o edificios, públicos y privados con fachada a la vía pública (Ayuntamiento de San Sebastián, art. 1). Al fin y al cabo, siguiendo lo dispuesto en la

(24) Entre otros, Ayuntamiento de Ávila (art. 1), Gerona (art. 1), León (art. 1), Salamanca (art. 1) o Santander (art. 1).

(25) Un interesante estudio de la jurisprudencia en torno a la relación entre la convivencia ciudadana y el ruido por el consumo de bebidas en la vía pública, se puede encontrar en BEATO ESPEJO (1996).

Ordenanza del Ayuntamiento de Segovia, la Ciudad debe ser considerada un espacio colectivo en el que todas las personas tienen derecho a encontrar unas condiciones óptimas, tanto ambientales, como para su realización personal, política y social, lo cual implica asumir también los «deberes de solidaridad, el respeto mutuo y la tolerancia». De ahí que este tipo de Ordenanzas recojan un conjunto de medidas encaminadas al fomento y a la promoción de la convivencia y el civismo, siempre regida por los principios de respeto mutuo y tolerancia (Ayuntamiento de Tarragona, art. 1).

Como se comprueba, y enlazando con el ámbito de protección, la preservación de los espacios públicos asume un protagonismo indiscutible. En este sentido, las normas delimitan de manera pormenorizada el ámbito de aplicación sobre el cual se extiende el manto protector de la misma. Por ejemplo, la Ordenanza del Ayuntamiento de León, y en parecido sentido la del Ayuntamiento de Santander (art. 2), toma como eje los bienes de servicio o uso públicos de titularidad municipal, tales como calles, plazas, paseos, parques y jardines, puentes y pasarelas, túneles y pasos subterráneos, aparcamientos, fuentes y piscinas, complejos deportivos y sus instalaciones, estatuas y esculturas, bancos, farolas, elementos decorativos, señales viarias, árboles y plantas, vallas, elementos de transporte y vehículos municipales. Todo este listado varía según la Ordenanza que se analice, si bien el anterior listado puede ampliarse tomando como modelo el caso del Ayuntamiento de Segovia que introduce también dentro de los bienes de servicio o uso públicos, «las calles, vías de circulación, aceras, plazas, avenidas, paseos, pasajes, bulevares, parques, jardines y demás espacios o zonas verdes o forestales, puentes, aparcamientos, fuentes y estanques, mercados, museos y centros culturales, colegios públicos, cementerios, piscinas, complejos deportivos y sus instalaciones, bancos, farolas, elementos decorativos, señales viarias, árboles y plantas, contenedores y papeleras, vallas, elementos de transporte y vehículos municipales, edificios públicos y demás espacios destinados al uso o al servicio público de titularidad municipal, así como a construcciones, instalaciones, mobiliario urbano y demás bienes y elementos de dominio público municipal situados en aquéllos» (art. 2.2) (26). Además, ha de englobarse ya no sólo los bienes e instalaciones de titularidad de otras Administraciones Públicas y entidades públicas o privadas que forman parte del mobiliario urbano de la Ciudad en cuanto están destinados al público o constituyen equipamientos, instalaciones o elementos de un servicio público (marquesinas, elementos del transporte, vallas, carteles, anuncios, rótulos y otros elementos publicitarios, señales de tráfico, quioscos, contenedores, terrazas y veladores, toldos, jardineras y demás

(26) Dentro de estos listados se pueden encontrar otros elementos objeto de protección como las máquinas expendedoras de tickets de estacionamiento limitado (Ayuntamiento de Cáceres).

bienes de la misma o semejante naturaleza), sino también otros elementos que forman parte del patrimonio y el paisaje urbanos, como las fachadas de los edificios y otros elementos urbanísticos y arquitectónicos de titularidad pública o privada, tales como portales, galerías comerciales, escaparates, patios, solares, pasajes, jardines, setos, jardineras, farolas, elementos decorativos, contenedores, papeleras y bienes de la misma o semejante naturaleza, siempre que estén situados en la vía pública o sean visibles desde ella, sin perjuicio de los derechos que individualmente correspondan a los propietarios, además de los vehículos estacionados en la vía pública.

IV. COMPORTAMIENTO CIUDADANO Y ACTUACIONES PROHIBIDAS: NORMAS DE CONDUCTA EN EL ESPACIO PÚBLICO

La protección de la convivencia ciudadana a través de estas Ordenanzas lleva consigo la articulación de toda una serie de mecanismos que parten de la identificación de los bienes jurídicos tutelados y a su vez la aparición de diferentes normas de conducta, sancionando, en su caso, aquellas conductas que puedan perturbar, lesionar o deteriorar dicha convivencia. Debe tenerse presente que dichas normas tienen dos finalidades básicas como son el que los ciudadanos respeten la convivencia y tranquilidad ciudadanas y, de igual manera, los bienes y servicios públicos conforme a su uso. En este sentido, las normas recogen listados de prohibiciones más o menos amplios en los que sobre todo destacan las relativas a prostitución, mendicidad, residuos urbanos, tenencia de animales, degradación visual del entorno urbano o gestión de la publicidad (27); ello sin olvidar otras conductas importantes como el consumo de bebidas alcohólicas, uso de la vía pública (bicicletas, patines, etc.), el comercio ambulante o los juegos de azar (28). Aunque algunas de las Ordenanzas de convivencia ciudadana regulan estos aspectos, sí que es verdad que actuaciones concretas, como las relativas al consumo de bebidas alcohólicas

(27) CASINO RUBIO (2013, p.4) distribuye la composición de una Ordenanza tipo de la siguiente manera: i) degradación visual del paisaje o entorno urbano; ii) apuestas y prestación de servicios no autorizados; iii) uso inadecuado del espacio público para juegos; iv) mendicidad y ofrecimiento y demanda de servicios sexuales en la vía pública; v) necesidades fisiológicas; vi) consumo de bebidas alcohólicas; vii) uso impropio de los bienes y espacios públicos y actos vandálicos; viii) «contaminación acústica o, en fin, ix) limpieza viaria.

(28) En el caso del Ayuntamiento de Castellón de la Plana se encuentra un variado listado de prohibiciones en relación con: daños o alteraciones; pintadas; carteles, banderolas y otros elementos similares; folletos y octavillas; árboles; parques y jardines; papeleras, contenedores, estatuas, obras de arte urbanas, bancos y demás mobiliario urbano; objetos en la vía pública, alfombras, macetas y riego de plantas; petardos y cohetes; estanques y fuentes; lavado de automóviles; apuestas; monopatín y bicicletas; mendicidad; necesidades fisiológicas; actos públicos; consumo de bebidas alcohólicas; comercio ambulante no autorizado de alimentos, bebidas y otros productos; tarot, masajes y similares; playas o servicios de naturaleza sexual.

en la vía pública o la prestación de servicios sexuales, son reguladas mediante Ordenanzas específicas que vienen a completar la delimitación acerca de las prohibiciones en torno a estas conductas.

Habiéndose delimitado el objeto y ámbito de protección de las Ordenanzas de convivencia ciudadana, es preciso señalar el hecho de la existencia de dos elementos esenciales como son los derechos y deberes de los ciudadanos, base sobre la que se sustentan las normas de conducta. La articulación de las Ordenanzas de convivencia ciudadana parte de una serie de derechos básicos de cualesquiera ciudadano que, por ejemplo, el Ayuntamiento de Melilla (art. 5) refiere a aspectos tan básicos como el de usar libremente los espacios públicos de la ciudad y a ser respetados en su libertad; al buen funcionamiento de los servicios públicos competencia del Consistorio y a su prestación en condiciones de igualdad de acceso; a disfrutar del paisaje urbano de la ciudad como elemento integrante de la calidad de vida de las personas; o que el Ayuntamiento disponga e impulse medidas para el fomento de la convivencia ciudadana.

Este catálogo de derechos varía según la visión dada por los Ayuntamientos, faltando en algunos casos (entre otros, Ávila, Cáceres, Castellón de la Plana, León, Santander, etc.). No obstante, el derecho a comportarse libremente en los espacios públicos de la ciudad y a ser respetados en su libertad (entre otros, Ayuntamiento de Segovia, art. 7) constituye la base sobre la cual giran el resto de derechos básicos tales como la participación en los asuntos públicos; el acceso a los servicios y bienes públicos; el respeto a la integridad de las personas y la de sus bienes; el fomento de los valores democráticos en el municipio (Ayuntamiento de Tarragona, arts. 4 y siguientes); el derecho a la tranquilidad y al descanso; el derecho a la circulación afable; el derecho a la información y la orientación; el derecho universal al espacio público y a la convivencia; el derecho a recibir trato respetuoso, adecuado e igualitario (Ayuntamiento de las Palmas, art. 7) o el derecho de los ciudadanos extranjeros a convivir en un ambiente de civismo entre los ciudadanos y ciudadanas, colectivos e instituciones (Ayuntamiento de Huesca, art. 4).

A estos derechos se acoplan una serie de deberes, siempre teniendo en cuenta, como se ha señalado anteriormente, que los ciudadanos tienen la obligación de respetar la convivencia y tranquilidad de los vecinos, además de utilizar los bienes y servicios públicos de acuerdo con el destino para el que fueron establecidos (Ayuntamiento de Cáceres, art. 8) (29). Así, estos

(29) En este sentido, el Ayuntamiento de Sevilla recoge la obligación de utilizar correctamente los «espacios públicos de la ciudad y los servicios, las instalaciones y el mobiliario urbano y demás elementos ubicados en ellos, de acuerdo con su propia naturaleza, destino y finalidad, y respetando en todo caso el derecho que también tienen los demás a usarlos y disfrutar de ellos». Completando esta obligación incluye todo un listado relativo a qué debe entenderse comprendido entre los espacios públicos, servicios, instalaciones y mobiliario urbano (art. 6).

deberes parten del respeto a las normas de convivencia establecidas, para completarse con otros deberes como los de respetar la convivencia y la tranquilidad ciudadana; respetar y no degradar de ninguna manera los bienes y las instalaciones públicas y privadas, ni el entorno medioambiental; usar los bienes y los servicios públicos y privados de acuerdo con su uso y destino; respetar el libre ejercicio de los derechos reconocidos al resto de la ciudadanía (Ayuntamiento de Palma, art. 8); el deber de colaborar con las autoridades y agentes locales en la erradicación de las conductas que alteren, perturben o lesionen la convivencia ciudadana (Ayuntamiento de Melilla, art. 6) o asimismo el colaborar con la Administración en el desarrollo de inspecciones, investigaciones, informes y en todas las tareas desarrolladas (Ayuntamiento de Huesca, art. 5) (30).

1. Prostitución

Dentro de las conductas más controvertidas que perturban la paz ciudadana, la prostitución ocupa una posición destacada. Su incidencia en la imagen del espacio urbano de las ciudades ha hecho que algunos Ayuntamientos hayan optado por aprobar Ordenanzas que controlen dicha actividad, enfocando la misma desde el punto de vista de la compatibilidad con la convivencia social. En este sentido, Ayuntamientos como los de Albacete, Barcelona, Castellón, Bilbao, Granada, Guadalajara, Málaga, Melilla, Murcia, Oviedo, Sevilla o Valencia cuentan con regulaciones al respecto, algunas tratando directamente esta problemática, otras a través de Ordenanzas de convivencia ciudadana (31). De ambos bloques normativos, sobre todo deben destacarse tres aspectos importantes a analizar, como son la introducción de normas de conducta, el régimen sancionador y las personas responsables.

En cuanto al primer aspecto, las normativas asumen la importancia de la preservación de los espacios públicos, considerando éstos como lugares de «convivencia, civismo e igualdad», huyendo por tanto de la promoción de la imagen sexista de las mujeres como objeto de consumo sexual (Ordenanza de 12 de mayo 2011, para luchar contra la prostitución y la trata con fines de

(30) Véase también la regulación del Ayuntamiento de Segovia (art. 8) o del Ayuntamiento de Teruel (art. 6).

(31) Regulaciones concretas sobre la prostitución en la calle se pueden encontrar, por ejemplo, en las ciudades de Murcia, Sevilla o Valencia. Murcia: Ordenanza para luchar contra la prostitución en el Municipio de Murcia, publicada aprobación definitiva en el BORM nº 234 de 8 de octubre de 2013. Sevilla: Ordenanza de 12 de mayo 2011, para luchar contra la prostitución y la trata con fines de explotación sexual en la ciudad de Sevilla. Valencia: Ordenanza municipal sobre el ejercicio de la prostitución en la vía pública, aprobada por acuerdo plenario de fecha: 26 de julio de 2013, fecha de publicación en el BOP: 12 de agosto de 2013.

explotación sexual en la ciudad de Sevilla). Sobre esta base, la casi totalidad de las Ordenanzas que tratan este asunto, de manera directa o indirecta, introducen normas de conducta destinadas a limitar el ofrecimiento de servicios sexuales por considerarse incompatibles con el uso de los espacios públicos. En este sentido, destaca el caso de Sevilla en donde la Ordenanza de 12 de mayo de 2011 prohíbe taxativamente el «solicitar, negociar o aceptar, directa o indirectamente, servicios sexuales retribuidos» en espacios públicos e incluso privados cuando desde ellos se realicen conductas o actividades que afecten o puedan afectar negativamente a la convivencia y al civismo (art. 14). A ello se añade también la prohibición de mantener relaciones sexuales mediante retribución en el espacio público o conductas que puedan considerarse como favorecedoras o que promuevan el consumo de prostitución u otras formas de explotación sexual, con independencia de que sean constitutivas de infracción penal. Asimismo, es independiente el que la prostitución esté legalizada, ya que tal y como señala la sentencia núm. 449/2014 de 1 julio del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, en su fundamento jurídico octavo, «el hecho de que la actividad de la prostitución se haya llegado a ser considerada como actividad laboral no significa que su ejercicio en la calle o en los espacios públicos no haya de afectar al uso de los mismos, ni que ello no sea generador de conflictos que afecten a la convivencia pacífica, y no únicamente por razones morales».

Aparte de lo anteriormente apuntado, también se pueden encontrar reguladas otras normas de conducta en los casos de Albacete, Barcelona, Granada, Guadalajara, Málaga u Oviedo que siguen, en líneas generales, las limitaciones apuntadas, es decir, el ofrecimiento, solicitud, negociación, aceptación y el mantener servicios sexuales retribuidos en espacios públicos y en algunos casos también privados, siempre con el objeto de evitar cualquier «perturbación, alteración o peligro grave de perturbación de la tranquilidad, la seguridad y la salubridad de la ciudad y el respeto a los derechos y bienes del resto de ciudadanos» (vid. Ayuntamiento de Granada, art. 5), añadiéndose incluso en el caso del Ayuntamiento de Valencia el mantener relaciones sexuales retribuidas en el espacio público, aunque tengan lugar en el interior de un vehículo (art. 2.3). De igual manera, otro aspecto que afecta a la imagen urbana y que regula, por ejemplo, el Ayuntamiento de Sevilla es la publicidad sexista en sus diversas facetas (móvil, en remolque o aparcamiento de vehículo, etc.), prohibiéndose por la Ordenanza (art. 17) y considerándose como infracción la «colocación, reparto, divulgación y/o difusión de publicidad que promueva, favorezca o fomente el consumo de prostitución y la explotación sexual de las mujeres, el mercado prostitucional y el turismo sexual».

Además de sancionar las conductas anteriormente referidas, estas normas inciden en la gravedad de realizar éstas en las proximidades de espacios sensibles, como centros docentes o educativos (vid. Ayuntamiento de Barce-

lona), si bien no existe un criterio unánime ya que varían ya no sólo en la consideración de espacios a proteger, sino también en la distancia. Así, hay Ordenanzas, como la del Ayuntamiento de Granada, que asocian aquellos espacios en los que se realicen actividades comerciales o empresariales, opción que se amplía en el catálogo recogido por Ayuntamientos como los de Málaga, Albacete, Guadalajara u Oviedo en el que se engloba también a centros docentes, educativos, parques infantiles, zonas residenciales o de cualquier otro lugar en el que se realicen actividades comerciales o empresariales. Además, deben considerarse otros espacios como aquellos con gran afluencia de público como puede ser cualquier acto público de naturaleza cultural, festiva, lúdica o deportiva, o de cualquier otra índole; lugares que impliquen una mayor vulnerabilidad para las personas en situación de prostitución y/o explotación sexual por su aislamiento, escasez de alumbrado, cercanía a vías de circulación de vehículos y espacios que impidan la huida (Ayuntamiento de Sevilla) o las instalaciones provisionales o efímeras que se ejecuten con motivo de la celebración de algún acto o festividad (Semana Santa, Fiestas de Primavera, Feria de Septiembre y fiestas populares), las cuales son incluidas en la Ordenanza del Ayuntamiento de Murcia.

Por lo que respecta a la tipificación y sanción de las prácticas sexuales, el ofrecimiento, solicitud, negociación y aceptación directa o indirectamente de servicios sexuales en el espacio público (32), hay que señalar la discrepancia en su graduación y su sanción, aún más cuando se llevan a cabo cerca de espacios «sensibles». En este sentido, por ejemplo, en Sevilla estas conductas son consideradas como infracciones graves, siendo sancionadas con multa de 750,01 a 1.500 euros, hecho que también se recoge en Albacete (multa de 121 a 1.500 euros). Sin embargo, su consideración como leve se puede encontrar en Granada (arts. 54 y 55), Barcelona (multa de 100 a 300 euros), Guadalajara (multa hasta 750 euros), Oviedo (multa de 10,00 hasta 750,00 euros) o Málaga (multa de hasta 750 euros) (33).

En cuanto a las distancias a espacios sensibles, las normativas se decantan entre la frontera de los doscientos metros (por ejemplo, Barcelona, Granada Málaga, Sevilla o Valencia) y los quinientos metros de los Ayuntamientos de

(32) Asimismo, debe tenerse en cuenta la problemática en cuanto a las conductas de desobediencia, las cuales tratadas por la sentencia núm. 592/2012, de 28 septiembre, de la Audiencia Provincial de Málaga, se aduce que debe diferenciarse entre el incumplimiento de la sanción o cautela administrativa y el tipo penal de la desobediencia. Así, «la lectura del artículo 25 de la Constitución y el artículo 10 del Código Penal hace evidente que una Ordenanza Municipal no puede definir de modo autónomo acciones u omisiones constitutivas de infracciones penales».

(33) Barcelona: art. 40, Sevilla (art. 15), Granada: art. 54 y 55, Albacete: arts. 61 y 62, Málaga: art. 36.5 y 37, Guadalajara (arts. 46 y 47), Oviedo: art. 13.

Albacete, Guadalajara u Oviedo, distancia que hará que la infracción pase de leve a grave (multa de 750,01 a 1.500,00 euros en Guadalajara y Málaga) o de grave a muy grave (1.501 a 3.000 euros en el caso de Albacete o Sevilla) si, como digo, se realizan las conductas dentro de este perímetro marcado con respecto al espacio a proteger (34). Matizar que algunas normativas, como la del Ayuntamiento de Oviedo, asocian la distancia sólo con respecto a centros docentes y educativos (infracción muy grave), eliminándose la referencia métrica con respecto a las conductas que se realicen en parques públicos, zonas habitadas, centros públicos, centros de asistencia sanitaria o cualquier otro lugar de pública concurrencia, eso sí, señalándose su consideración como grave cuando se realice «en sus proximidades o sean visibles desde ellos» (35). Por otra parte, y en relación con lo anterior, o hay que olvidar que la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana (art. 36.11), recoge como infracción grave punible con multa de 601 a 30.000 euros la solicitud o aceptación por el demandante de servicios sexuales retribuidos en zonas de tránsito público en las proximidades de lugares destinados a su uso por menores, como centros educativos, parques infantiles o espacios de ocio accesibles a menores de edad, o cuando estas conductas, por el lugar en que se realicen, puedan generar un riesgo para la seguridad vial. De todos modos hay que señalar la discrepancia en cuanto a la actuación de la Administración ante estas conductas, destacando sobre todo la regulación del Ayuntamiento de Guadalajara en donde se recoge una advertencia previa por parte de la Policía Local de Guadalajara o los servicios municipales competentes, para que después, en el caso de que la conducta persista, proceder al inicio del correspondiente procedimiento administrativo sancionador y a toda aquella actuación que legalmente corresponda derivada de la identificación de dichas personas. A su vez, se apunta que en el caso de

(34) Interesante es el destino de estas sanciones dado por el Ayuntamiento de Málaga, el cual en su Ordenanza (art. 38) estipula que lo recaudado será destinado, de forma íntegra, «a sufragar programas municipales de ámbito social, de formación y empleo, para aquellas personas que ejerzan el trabajo sexual en los términos previstos en esta Ordenanza y en especial a aquéllas que decidan abandonar su ejercicio, atendiendo así a las víctimas de esta lacra».

(35) Caso especial es el del Ayuntamiento de Oviedo que parte de su consideración como leve (art. 13.2): «Las conductas anteriormente indicadas tendrán la consideración de leves, y sancionadas con apercibimiento y en caso de persistencia o reincidencia sancionadas con multa de 10,00 hasta 750,00 euros, salvo que el hecho sea constitutivo de otra infracción más grave. b) Tendrán la consideración de graves, sancionadas con multa de 750,01 a 1.500,00 euros: 1. La reincidencia en, al menos, tres faltas leves. 2. Cuando las conductas indicadas se realicen en parques públicos, zonas habitadas, centros públicos, centros de asistencia sanitaria o cualquier otro lugar de pública concurrencia, en sus proximidades o sean visibles desde ellos. c) Tendrán la consideración de muy graves, sancionadas con multa de 1.500,01 a 3.000,00 euros, cuando las conductas descritas se realicen a menos de 500 metros de centros docentes o educativos».

que las personas se negaran a abandonar el lugar, se tendrá en cuenta esta actitud como agravante para la aplicación de la sanción a aplicar (art. 47).

Si existe discrepancia en lo relativo a los espacios a proteger o las distancias mínimas, lo mismo puede decirse en relación con las personas responsables. Destaca el tratamiento dado por el Ayuntamiento de Albacete donde se consideran responsables de la infracción tanto la persona que ofrece, como la que acepta o solicita los servicios sexuales, imponiéndose a cada uno la sanción que corresponda (art. 62.4). Nada que ver con el tratamiento dado por el Ayuntamiento de Sevilla en donde se excluye la aplicación de las normas de conducta a efectos sancionatorios sobre las personas que ejerzan la prostitución (art. 14.3). Sobre este aspecto, hay que comprobar la delimitación hecha por la norma sobre las conductas prohibidas y si la acción de las personas que ejercen la prostitución está englobada. Así, la Ordenanza del Ayuntamiento de Barcelona incluye el hecho de «ofrecer o aceptar, prestar servicios sexuales retribuidos en el espacio público» (art. 39.1), situación que difiere del Ayuntamiento de Sevilla en donde se especifica la prohibición de «solicitar, negociar o aceptar, directa o indirectamente, servicios sexuales retribuidos» (art. 14).

En este ámbito de protección, resulta igualmente interesante el tratamiento de la colaboración ciudadana, reconociendo la posibilidad de denunciar los hechos y conductas tipificadas, pudiéndose incluso considerar a la parte interesada (36). En todo caso, los datos del denunciante serán confidenciales cuando éste así lo solicite, a cuyo efecto deberá ser informado siempre de los derechos que le asisten. Relacionado con el anterior aspecto, se puede también aludir al tratamiento de los datos personales de quienes ofrecen o solicitan servicios de naturaleza sexual. En este sentido, Cataluña cuenta con una disposición referida a esta problemática recogida en la disposición adicional vigesimoprimera de la Ley 5/2012, de 20 de marzo, de medidas fiscales, financieras y administrativas y de creación del Impuesto sobre las estancias en establecimientos turísticos. Así, se especifica que los Ayuntamientos que tengan tipificados la prestación de servicios de naturaleza sexual en el espacio público municipal como infracción administrativa, pueden, recoger y tratar todos los datos de carácter personal que sean necesarios para la incoación, tramitación, resolución, revisión en vía administrativa y ejecución de los expedientes sancionadores correspondientes, sin necesidad de obtener el consentimiento de la persona afectada, todo ello por razones de interés general.

(36) Si bien se recoge dicha posibilidad, se indica la necesidad de la previa ponderación del riesgo por la naturaleza de la infracción denunciada, el instructor puede declarar confidenciales los datos personales del denunciante, garantizando el anonimato de éste en el transcurso de la tramitación del expediente administrativo.

Ya fuera de las Ordenanzas de convivencia o de prostitución, esta problemática también es posible analizarla desde el punto de vista de la actividad desarrollada en locales. Sin duda, es relevante en este aspecto la Ordenanza municipal de las actividades y de los establecimientos de concurrencia pública de Barcelona de 2003 (Acuerdo Consejo Plenario de 11 de abril 2003), en donde se recogen los distintos requisitos y condiciones referidas a las salas de exhibición sexual y locales donde se ejerce la prostitución, en especial las condiciones de localización (37). Analizando la misma se desprende el deseo de prevenir la concentración espacial de estos establecimientos y los perjuicios contra la población residencial al establecer unas limitaciones en cuanto a su localización, siempre teniendo en cuenta la posibilidad de que a través de la figura del Plan especial se pueda articular su localización más idónea (art. 36.4). La prohibición de su instalación en sótanos de edificios entre medianeras; en contigüidad con viviendas; a menos de 200 metros de distancia de usos protegidos de otras salas de exhibición erótica y de locales donde se ejerza la prostitución, así como de sex-shops, son algunos de los aspectos que se suman al hecho de que los locales donde se ejerce la prostitución y que tengan una superficie construida de más de 250 m² no puedan ubicarse en edificios susceptibles de uso de vivienda (38).

(37) Vid. Plan especial de establecimientos de concurrencia pública del Distrito de Les Corts y regulación de otras actividades (Acuerdo del Consejo Plenario de 30 de enero 2015); Plan especial de establecimientos de concurrencia pública y otras actividades en el ámbito del casco antiguo de Horta, del distrito de Horta-Guinardó (Acuerdo del Consejo Plenario de 5 de mayo 2015); Plan especial de establecimientos de concurrencia pública del Distrito de Les Corts y regulación de otras actividades (Acuerdo del Consejo Plenario de 30 de enero 2015); Plan especial de establecimientos de concurrencia pública, hotelería y otras actividades de la zona específica ZE-5B «Zona Rambla» de Barcelona (Acuerdo del Consejo Plenario de 19 de diciembre 2014); el Plan especial de establecimientos de concurrencia pública y otras actividades del Distrito de Sarrià-Sant Gervasi (Acuerdo del Consejo Plenario de 22 de diciembre 2006); Plan especial de establecimientos de concurrencia pública, hostelería y otros servicios del Distrito de Sant Martí (Acuerdo Consejo Plenario de 21 de julio 2006); en donde se comprueba las limitaciones en cuenta a la implantación de estos usos. Asimismo, el Plan especial de protección de la calidad urbana: catálogo de protección arquitectónico, histórico y paisajístico de los establecimientos emblemáticos de la ciudad de Barcelona (Acuerdo del Consejo Plenario de 26 de febrero 2016), en donde referido a estos locales se introduce una excepción a la visibilidad de las actividades que se lleven a cabo dentro del establecimiento.

(38) Vid. art. 36: «1. Queda prohibida la instalación de salas de exhibición sexual y de locales donde se ejerza la prostitución (2.2.6, 2.2.7.1 y 2.2.7.2), así como de actividades audiovisuales de tipo sex-shop (2.6.2), en las ubicaciones siguientes: a) En los sótanos de edificios entre medianeras, salvo que tengan acceso directo y horizontal a la rasante de la calle, de manera que no sea necesario salvar ningún desnivel ni en sentido ascendente ni descendente entre el establecimiento y la calle. b) En contigüidad con viviendas, esto es, cuando el local limita por las paredes laterales, el techo o el pavimento con una vivienda; asimismo, no puede haber acceso desde espacios comunes o privativos vinculados al uso de las viviendas. c) A menos de 200 metros de distancia de usos protegidos conforme a lo dispuesto en

Otro aspecto interesante que recoge la Ordenanza (anexo IV), son las condiciones higiénico-sanitarias de las salas de exhibición sexual y de los locales donde se ejerce la prostitución. Así, se pueden encontrar regulados los requisitos en cuanto a la altura mínima (250 cm), superficie mínima (9 m²), incluida la superficie destinada al lavabo, las condiciones de los reservados (necesidad de superficie para lavabo de superficie no inferior a 3 m², revestido de material de fácil lavado y desinfección y dotado de lavabo, inodoro, bidé y contenedor para residuos profilácticos) o la necesidad de disponer de un servicio de cambio de ropa, tanto de la cama como del lavabo, garantizándose su limpieza y desinfección. A estas condiciones, también hay que sumar las consideraciones hechas por algunos Planes especiales de la ciudad, como el Plan especial de establecimientos de concurrencia pública y otras actividades del Distrito de Sarrìa-Sant Gervasi, en donde se vincula la obligación de una plaza de parking por cada 10 m² en los casos de locales de exhibición sexual, prostitución con bar, prostitución con espectáculo, con una superficie global superior a los 50 m².

2. MENDICIDAD

Otro hecho que afecta a la convivencia social dentro de las ciudades es la mendicidad, la cual ha estado presente históricamente en regulaciones como la Ley de vagos y maleantes de 1933 o la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social de 4 de agosto de 1970 (39). Actualmente, su tratamiento en el ámbito local se encuadra dentro de las Ordenanzas de convivencia ciudadana a través del establecimiento de una serie de normas de conducta, si bien podemos encontrar en el caso del Ayuntamiento de Burgos normativa destinada a tratar dicha problemática directamente (Ordenanza Municipal de 3 de octubre de 2005, de prevención de la mendicidad y medidas para su erradicación).

Realmente son pocos los Ayuntamientos que regulan esta problemática, incluyéndose en algunos casos la simple prohibición del ejercicio de la mendicidad (Ayuntamientos de Castellón de la Plana y Logroño) con alguna referencia a la actuación de la Policía Local ante estos casos (Ayuntamiento de Huesca).

el artículo 26 de la presente Ordenanza y, en particular, de otros tipos de locales de tiempo libre o que por la naturaleza de su actividad supongan la afluencia de menores de edad. d) A menos de 200 metros de otras salas de exhibición erótica y de locales donde se ejerza la prostitución, así como de sex-shops (2.6.2) que dispongan de veinte o más monitores de reproducción videomagnética en cabinas individuales o de diez o más en cabinas colectivas».

(39) Vid. art. 2 de la Ley de vagos y maleantes: «Podrán ser declarados en estado peligroso y sometidos a las medidas de seguridad de la presente Ley: [...] Cuarto, los mendigos profesionales y los que vivan de la mendicidad ajena o exploten a menores de edad, a enfermos mentales o a lisiados».

No obstante, Ayuntamientos como los de Barcelona, Granada, Segovia, Sevilla u Oviedo, sí que recogen un catálogo de prohibiciones al que asocian un interesante repertorio de sanciones y en la que la utilización de la figura del menor en las actividades de mendicidad reviste especial trascendencia ya no sólo en la sanción, sino en las actuaciones a llevar a cabo por parte de la Administración.

Adentrándonos en la normativa y tomando como base lo dispuesto por las Ordenanzas de convivencia ciudadana de los Ayuntamientos de Barcelona y Granada, las cuales presentan muchas similitudes, conviene señalar que el punto de partida de la lucha contra la mendicidad viene dada por el derecho que tienen los ciudadanos y ciudadanas a «transitar sin ser molestados o perturbados en su voluntad, la libre circulación de las personas, la protección de menores, así como el correcto uso de las vías y los espacios públicos» (art. 34 de la ordenanza barcelonesa). Es esta interferencia en la libre circulación de las personas la que hace que se prohíban conductas que representen actitudes coactivas o de acoso, u obstaculicen e impidan de manera intencionada el libre tránsito de los ciudadanos y ciudadanas por los espacios públicos, considerándose estos hechos como infracción leve en el caso de Barcelona o Segovia, pudiéndose sancionar con multas de hasta 120 euros (art 35). Conviene señalar de igual manera que las actividades musicales, artísticas y de animación de calle ejercidas en la vía pública de forma puntual, no periódica, siempre que se solicite la dádiva de forma no coactiva y como contraprestación a la actuación realizada, no se consideran mendicidad, tal y como podemos encontrar regulado en Sevilla (art. 33) u Oviedo (art. 11.4).

La perturbación del peatón no es la única acción que puede ser sancionada, añadiéndose la interferencia del tráfico rodado a través, por ejemplo, del ofrecimiento de cualquier bien o producto a personas que se encuentren en el interior de vehículos privados o públicos, véase el ofrecimiento, venta de productos o la limpieza de los parabrisas de los automóviles detenidos en los semáforos o en la vía pública, circunstancia esta última que en el caso de Barcelona o Guadalajara se considera infracción grave sancionable con multa de 750,01 a 1.500 euros (art. 24.2) (40). Estos supuestos se enfatizan en el conjunto de las regulaciones analizadas, incluyéndose los casos, como digo, de ofrecimiento de cualquier bien o servicio a personas que se encuentren tanto en el interior de vehículos privados o públicos, como a la salida de los mismos una vez estacionados, especialmente prohibiendo las acciones

(40) En otros casos, como el Ayuntamiento de Oviedo, el infractor podrá ser sancionado con multa de 10,00 hasta 750,00 euros, incluyéndose acciones tales como ofrecimiento o prestación de servicios en la vía pública no requeridos a cambio de un donativo o precio, tales como la limpieza de parabrisas de vehículos, aparcamiento y vigilancia de coches en la vía pública (art. 11.4).

de cualquier tipo cuando obstruyan o puedan obstruir el tráfico rodado por la vía pública, pongan en peligro la seguridad de las personas o impidan de manera manifiesta el libre tránsito de las personas (Ayuntamiento de Guadalajara, art. 24.4), destacándose el caso del Ayuntamiento de Pamplona que deja claro que estas acciones tienen que revestir un carácter intimidatorio o molesto de palabra u obra (41). Por otra parte, también se regula la acción de los aparcacoches que actúen en espacios públicos o privados (Ayuntamiento de Granada, art. 50.2), es decir, los denominados «gorrillas». En este sentido, Ordenanzas como la del Ayuntamiento de Sevilla (art. 33.3) o de Guadalajara (art. 24.2) regulan y consideran como infracción leve, con multa de hasta 120 euros, el ofrecimiento de lugar para aparcamiento en el espacio público a los conductores de vehículos con la intención de la obtención de un beneficio económico por personas.

Para finalizar, especialmente sancionables son las acciones de mendicidad ejercidas directa o indirectamente con menores o personas con discapacidades, considerándose como infracción muy grave sancionable con multa de 1.500,01 a 3.000 euros en el caso del Ayuntamiento de Barcelona, Guadalajara o Sevilla o infracción grave con multa de 121 hasta 1.500 euros en el supuesto del Ayuntamiento de Albacete, todo ello sin perjuicio de las correspondientes medidas penales (art. 232 del Código Penal).

3. Nudismo o casi nudismo

Aunque de manera minoritaria, algunas Ordenanzas tratan un tema interesante, a la par que problemático, como es el nudismo o el casi nudismo. Su regulación por el ámbito local encuentra su habilitación en la atribución de capacidad para regular las conductas cívicas, separándose de cualquier tipificación de naturaleza penal (42).

En esta materia destacan las regulaciones de los Ayuntamientos de Valladolid o Barcelona, en donde se asocia la protección del derecho de las personas que utilizan el espacio público a no sufrir molestias a causa de la falta de respeto a las «pautas mínimas generalmente admitidas en relación con la forma de vestir» de las personas que igualmente están o transitan por el citado espacio público (Ayuntamiento de Barcelona, art. 74). Con ello, la Ordenanza de la Ciudad Condal prohíbe ir desnudo o desnuda o casi desnudo o desnuda

(41) En el caso de la Ordenanza del Ayuntamiento de Guadalajara (art. 24.4), estas conductas tienen la consideración de infracciones leves, sancionables con multa de hasta 200 euros, salvo ciertas conductas (interferencia tráfico rodado, peligrosidad, etc.) cuya sanción podrá ascender a la cuantía de 300 euros.

(42) Vid. Exposición de motivos de la Ordenanza municipal sobre promoción de conductas cívicas y protección de los espacios públicos del Ayuntamiento de Pamplona.

por los espacios públicos, salvo autorización (multa de 300 a 500 euros), además de transitar o estar en los espacios públicos sólo en bañador u otra prenda similar, excepto en las piscinas, las playas o demás lugares donde sea normal o habitual estar con dicha prenda (multa de 120 a 300 euros), no aplicándose dicha restricción en los paseos marítimos ni en las calles ni vías inmediatamente contiguas con las playas o con el resto del litoral.

Aparte de las Ordenanzas de convivencia ciudadana, la práctica del nudismo también se encuentra normada en el ámbito de las playas. Así, la Ordenanza municipal de uso y disfrute de las playas de la Ciudad de Cádiz de 1 de enero de 2009, prohíbe la práctica del nudismo en las playas que tengan la consideración de urbanas, dejando constancia de que éste sólo se puede practicar en playas clasificadas como naturales sin protección especial, siempre y cuando exista una zona habilitada para ello (art. 14). Parecida regulación se encuentra en la Ordenanza de 1 de enero 2010, del Ayuntamiento de Valencia sobre uso de playas y zonas adyacentes, desarrollándose lo relativo a la delimitación de zonas en las playas para practicar del nudismo.

Sí que es verdad que el enfoque legislativo dado al nudismo no ha pasado desapercibido para el ámbito jurisprudencial, habiendo diferentes pronunciamientos que analizan dicha problemática. En este sentido, se ha valorado por los tribunales la posible vulneración de los derechos de libertad, libre desarrollo de la personalidad, la intimidad y la propia imagen, la libertad ideológica y de pensamiento, el principio de igualdad e incluso el derecho fundamental, asimilable a la libertad ideológica, a estar desnudo en la playa [sentencia del Tribunal Supremo de 30 marzo 2015 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª)].

En relación con la norma gaditana, interesante es la sentencia del Tribunal Supremo núm. 1052/2016, de 11 mayo, que profundiza acerca de la problemática referida a la existencia de una denominada «ideología nudista» que según la parte apelante tendría amparo constitucional en el artículo 16 CE y que con ello su limitación sólo podría ser hecha a través de una Ley Orgánica (43). A este respecto, el Tribunal vino a rechazar dicho postulado, no compartiendo la idea de que «estar desnudo» en un espacio público constituya, «la manifestación externa de la libertad de pensamiento, ideas o creencias o que la desnudez misma deba ser entendida como un auténtico derecho ejercitable en todo lugar público».

(43) Sobre el tema del nudismo, en el ámbito de la libertad de conciencia, se recomienda el interesante estudio de MARTÍN-RETORTILLO (2015) que incide en el hecho de si se puede ordenar, restringir o prohibir el uso en la calle de determinadas prendas de vestir, o el no uso de ninguna.

En cuanto a la incidencia del nudismo dentro de las Ordenanzas de convivencia ciudadana, destaca la sentencia núm. 1013/2016, de 9 mayo del Tribunal Supremo referida a la norma del Ayuntamiento de Valladolid. Además de tratar la problemática acerca de la existencia de la llamada «ideología nudista», la sentencia rechaza de igual manera la posible infracción del principio de igualdad ante la restricción del nudismo que refería la parte alegante, ya que, como dice el tribunal, «no puede tacharse de discriminatoria una resolución que determina que en los espacios de uso público no se puede practicar el nudismo habida cuenta de la utilización general y mayoritaria de dicho espacio, de la necesidad de preservar la convivencia pacífica y del hecho, que entendemos notorio, de que la práctica del nudismo en esos espacios públicos dista mucho de ser, en el momento actual, aceptada con el grado mayoritario que las recurrentes pretenden». También en esta sentencia se trata otro aspecto problemático como es el alcance del término «semidesnudo» empleado en la Ordenanza vallisoletana, censurando la indeterminación de dicho concepto y la discrecionalidad que puede conllevar (44).

Por último, aunque se ha señalado anteriormente la prohibición de ir desnudo o desnuda o casi desnudo o desnuda por los espacios públicos, existe la posibilidad de permitir dichas acciones con autorización administrativa. Este aspecto es analizado por la sentencia núm. 622/2005 de 23 junio, del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª) en relación con la organización de una manifestación nudista en protesta por el maltrato a los animales. Si bien dicha sentencia se centra en la incidencia del derecho de reunión, sí que trata un aspecto fundamental y es la incidencia del nudismo y sus consecuencias en la alteración del orden público,

(44) *Vid.* Fundamento jurídico séptimo: «Por eso, hubiera sido necesario un mayor esfuerzo de la Corporación municipal para acotar este indeterminado concepto («semidesnuda») y no dejar al aplicador del precepto tan extraordinario margen de apreciación en una materia que, desde luego, no puede afirmarse que se presente con indiscutible claridad. Podría haberse acudido, como sucede con cierta frecuencia en el Derecho Penal, a reglas ejemplificativas o enunciativas que podrían actuar como elementos reductores o limitadores de la descripción típica y que facilitarían al intérprete o al aplicador de la norma su debida concreción, pues les permitiría comparar los supuestos fácticos posibles con los ejemplos previstos en la norma, contrastando la realidad (ciertamente diversa) con el ejemplo típico. A pesar de reconocer, como ya se ha dicho, la dificultad de concretar el concepto que nos ocupa, consideramos que las expresiones utilizadas en los preceptos que se impugnan no permiten la factible concreción « en virtud de criterios lógicos, técnicos o de experiencia », como la jurisprudencia exige, de las características esenciales de la infracción que se tipifica. No olvidemos que nos hallamos ante descripciones de infracciones administrativas y que es deseable que la función de subsumir en ellas las conductas que se aprecien no debe ser absolutamente discrecional, siendo función de la norma tipificadora proporcionar al órgano competente (para denunciar y para sancionar) los máximos parámetros de concreción y certeza en su aplicación»

llevando incluso el Tribunal por vincular la celebración de la manifestación a que ésta se celebre «en las condiciones que garanticen la moral, buenas costumbres y el orden público», con lo que la práctica nudista, se dice, puede alterar estas condiciones atendiendo al lugar y tiempo en el que se realiza (45).

4. Tenencia de animales

Aunque existen Ordenanzas acerca sobre la protección y tenencia de animales (46), en el objeto de este estudio su conexión con la tranquilidad ciudadana y el normal uso del espacio público es tratado por las regulaciones locales sobre convivencia ciudadana mediante normas de conducta aplicables tanto a las personas propietarias y poseedoras, como a quienes conduzcan animales domésticos en los espacios públicos. La confluencia tanto del derecho de gozar de los animales, como el deber de protegerlos de acuerdo con lo preceptuado en el art. 45.1 de la Constitución Española, sumado al deber de proteger a los animales por parte de los poderes públicos de acuerdo con el artículo 45.2 de la Constitución, no puede obviar la pacífica convivencia social en el entorno urbano, sobre todo ante la presencia ya no sólo de animales en la vía y en los espacios públicos, sino también en los domicilios particulares.

Profundizando en las conductas sancionables, destaca la problemática referida a las necesidades fisiológicas animales, respecto de las cuales, los sujetos anteriormente enunciados quedan obligados a la recogida inmediata de las deyecciones, cuidando en todo caso de que no orinen ni defequen en aceras, espacios de tránsito, mobiliario urbano, edificios o en los recintos de juegos infantiles (Ayuntamiento de Albacete, art. 13.7, o Ayuntamiento de Pamplona, art. 24). Sobre este aspecto, el Ayuntamiento de Oviedo incluso especifica que

(45) En concreto, dice la sentencia en su fundamento jurídico sexto: «Como decimos, este hecho de desfilar desnudos podía acarrear reacciones en una parte numerosa de la ciudadanía y contrarreacción en los manifestantes lo que en definitiva podría acabar con toda probabilidad en una alteración del orden público en unos días de masiva afluencia de personas de distintas concepciones morales, sociales y políticas y en definitiva producirse con muchísima probabilidad una alteración del orden público, no deseable nunca, pero menos todavía en plenas fiestas de San Fermín por los problemas subsiguientes que ello conllevaría».

(46) Véase, Ordenanza de 25 de julio 2014 del Ayuntamiento de Barcelona, sobre protección, tenencia y venta de animales; Ordenanza municipal del Ayuntamiento de Zaragoza, sobre la protección, la tenencia responsable y la venta de animales (Resolución de 3 de diciembre 2013); Ordenanza de 1 de enero 2013 del Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria, sobre protección y tenencia de animales; Ordenanza de 12 de mayo 2011 del Ayuntamiento de Sevilla, sobre tenencia de animales; Ordenanza de 25 de febrero 2011 del Ayuntamiento de Sevilla, sobre tenencia de animales en dicho municipio.

el propietario o conductor del animal debe portar al efecto bolsas, guantes o los medios idóneos para recoger y retirar dichos excrementos (art. 15) (47).

De igual manera es interesante el tratamiento que se da a la circulación de los animales por las vías públicas. En este sentido, destaca la Ordenanza del Ayuntamiento de Oviedo en donde se especifica la prohibición de la circulación por las vías públicas de aquellos animales que no vayan acompañados de personas con capacidad para manejarlos o que los vigile debiendo ir provistos de collar y conducidos mediante cadena o correa, además de llevar bozal cuando estén calificados como potencialmente peligrosos o el temperamento del animal así lo aconseje. A ello hay que sumar la circunstancia de que el animal tiene que ir debidamente identificado mediante la placa sanitaria o *transponder* (microchip) y en cualquier caso el propietario o el conductor deberá estar en posesión, para facilitar a la autoridad competente cuando sea requerido para ello, del carnet, cartilla sanitaria o documentos, que acrediten el cumplimiento de los requisitos censales y sanitarios exigidos para ese tipo de animales (art. 15.3).

Dentro de lo referido a la circulación de animales, se pueden encontrar referencias a la suelta de animales en espacios públicos. Por ejemplo, el Ayuntamiento de Cuenca establece límites horarios, permitiendo en los parques y jardines públicos que no tengan zona acotada el que puedan estar sueltos, bajo la estrecha vigilancia de su cuidador, desde las 19.00 a las 9.00 horas en otoño e invierno, y desde las 21.00 hasta las 8.00 horas en primavera y verano (art. 43.2). No obstante, también existen importantes restricciones, por ejemplo en el caso del Ayuntamiento de Alicante, donde se regula la presencia de animales en las playas y/o calas, prohibiéndose su presencia dentro de la temporada de baño a excepción de los perros destinados a salvamento o auxilio y los de asistencia a personas necesitadas cuando las circunstancias así lo aconsejen (48).

También es importante reseñar la regulación acerca de las condiciones higiénico-sanitarias y de bienestar del animal. En este sentido, puede encontrarse normado, como ocurre en el caso del Ayuntamiento de Albacete, el

(47) Por otra parte, algunos Ayuntamientos están introduciendo medidas de concienciación para que los dueños porten una botella plegable de agua y vinagre para diluir los orines (Ayuntamiento de Barcelona o Teruel). Esta medida, por ejemplo, ya se recoge en la Ordenanza municipal sobre tenencia, protección y control animal del Ayuntamiento de Mataró.

(48) Vid. art. 40 de la Ordenanza de 22 de octubre 2008, de playas y calas del término municipal de Alicante. Completando lo anterior, la Ordenanza también recoge el que las personas propietarias y/o responsables de los animales impidan que éstos realicen sus deposiciones en la playa o cala, debiendo, en cualquier caso y obligatoriamente, el que el conductor del animal deba recoger y retirar los excrementos, incluso procediendo a limpiar la parte de la vía pública que hubiera sido afectada (art. 41).

hecho de que se le tenga que proporcionar al animal la alimentación necesaria y los tratamientos preventivos, prohibiéndose ya no sólo el maltrato animal o la tenencia de animales peligrosos, sino también la estancia prolongada de perros en balcones y terrazas, sin la debida atención, que pueda provocar molestias a los viandantes y vecinos. Interesante, a su vez, es el tratamiento dado acerca de la tenencia de animales en vivienda y locales, incidiendo en el aspecto relativo a molestias a los vecinos por olores, ruidos, suciedad u otras incomodidades. En relación con este aspecto, de nuevo el Ayuntamiento de Albacete, como referencia, recoge el que se pueda instar a los dueños, tenedores o poseedores a su desalojo, pudiéndose en caso contrario y sin perjuicio de la sanción que pueda imponerse, el que el Ayuntamiento lo ejecute de forma subsidiaria y con cargo al obligado (art. 51). No obstante, sí que es verdad que la relación entre animales y ruidos en viviendas está muy presente en las regulaciones, instando a las personas poseedoras de animales domésticos o de compañía a adoptar las medidas necesarias para impedir que la tranquilidad del vecindario sea alterada por el comportamiento de sus animales (Ayuntamiento de Granada, art. 95). A este respecto, el Ayuntamiento de Las Palmas, por ejemplo, establece la prohibición, desde las 22:00 hasta las 8:00 horas, de dejar en patios, terrazas, galerías y balcones, u otros espacios abiertos, animales domésticos que con sus sonidos, gritos, cantos y otras actividades perturben el descanso de los vecinos (art. 23) (49).

Por lo que respecta a la sanción de estas conductas, de nuevo existe discrepancia, debido a que si Ayuntamientos como los de Málaga u Oviedo las consideran como infracciones leves, variando en su cuantía, véase la multa de 75,00 a 500,00 euros en el Ayuntamiento de Málaga (art. 20) o multa de 10,00 hasta 300,00 euros en el caso de Oviedo (art. 15), el Ayuntamiento

(49) La interferencia de la tranquilidad vecinal por ruidos domésticos es tratada, entre otras, por la sentencia núm. 494/2014, de 1 septiembre, del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª) en donde se determina la necesidad de concretar acciones concretas cuando se habla de perturbación por ruidos. En relación con la Ordenanza Municipal Reguladora de la Convivencia Ciudadana del Ayuntamiento de Almagro, la sentencia analiza la redacción de art. 9.3 párrafo primero de la norma que disponía la prohibición de emitir «cualquier ruido doméstico que, por su volumen exceda de los límites que exige la tranquilidad pública o el descanso de los ciudadanos, desde las 22:00 hasta las 08:00 horas, y entre las 15:00 y las 17:00 horas». El Tribunal entiende que no puede servir de sustento para la tipificación de una infracción la descripción de la acción típica como relativa a «la emisión de cualquier ruido doméstico que, por su volumen exceda de los límites que exige la tranquilidad pública o el descanso de los ciudadanos», pues ello contradice el principio de legalidad, «lex previa, scripta et stricta», en su aspecto de «lex stricta». La sentencia también se remite a la doctrina del Tribunal Constitucional para justificar la vulneración del art. 25 CE, así como una vulneración de lo previsto en la Ley 37/2003, de 17 de noviembre, del ruido, que «reclama una regulación concreta mediante índices de los niveles de ruido prohibidos».

de Albacete las califica como graves, sancionables con multa de 121 a 1.500 euros. A partir de ahí, existen también variaciones en la calificación como ocurre en el Ayuntamiento de Oviedo que muta a grave (multa de 750,01 a 1.500,00 euros) o el de Málaga que aplica la infracción leve en su máxima cuantía (500 euros), cuando las conductas tengan lugar en parques y jardines, calles peatonales, zonas de gran confluencia de público o adyacentes a centros educativos y sanitarios; o muy grave en el caso del Ayuntamiento de Albacete cuando se trate de peleas de perros, gallos, etc.; ciertas conductas con animales potencialmente peligrosos; o la presencia de perros en los areneros y zonas de recreo infantil (multa de 1.501 a 3.000 euros).

Por otra parte, a la hora de profundizar en lo relativo a los animales y su incidencia en el entorno urbano conviene atender, ya no sólo al Título IV de la regulación granadina o el Título V de la Ordenanza turolense por su gran pormenorización de todos estos aspectos (50), sino especialmente a las Ordenanzas sobre tenencia de animales como la del Ayuntamiento de Barcelona, sobre la protección, tenencia y venta de animales (51). Partiendo del derecho a disfrutar de y con los animales, además del deber de protegerlos de acuerdo con el art. 45.2 de la Constitución española (52), la norma recoge dos interesantes títulos centrados en la tenencia de animales (Título II) y la venta (Título III). Dentro del Título II destaca sobre todo el entramado normativo sobre animales domésticos (Capítulo II), en donde se regula, entre otros aspectos, ya no sólo las obligaciones de los propietarios y poseedores de animales de compañía, sino también las condiciones mínimas de mantenimiento de los animales como los requisitos del collar, el arnés y la correa o cadena; el transporte de animales en vehículos particulares; el hecho de que un animal no pueda estar en el interior de un vehículo estacionado más de 20 minutos, siempre ubicado en una zona de sombra, con ventilación y con una temperatura dentro del coche

(50) Dicha norma incluye un interesante régimen jurídico de la tenencia de animales con un largo listado de prohibiciones (art. 126) y responsabilidad de las personas poseedoras y propietarias de los animales; además de apartados centrados en animales domésticos y de compañía (arts. 128 y ss.), que engloban aspectos como su traslado en transporte público (art. 131), su tenencia o crianza en domicilios particulares y obligaciones de sus propietarios (art. 132 y 133).

(51) Asimismo, entre otras, Ordenanza municipal reguladora de la protección y tenencia de animales del Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife [BOP núm. 103/2006 de 17 de julio de 2006, modificación BOP núm. 13/2010 de 20 de enero de 2010].

(52) Aprobada por Consejo Plenario el 25 de julio de 2014. Señalar que en el Título IV se regula la tenencia de animales basada en la Declaración Universal de los Derechos de los Animales, aprobada por la UNESCO el 27 de octubre de 1978 y ratificada posteriormente por las Naciones Unidas. Según la citada Declaración, los animales son seres vivos sensibles que tienen unos derechos que la especie humana ha de respetar, lo cual constituye uno de los fundamentos de la coexistencia de las especies en el mundo, reconociéndose que el respeto a los animales está ligado al respeto entre los mismos humanos.

que no deberá superar los 28 grados (art. 15) (53); o la introducción de límites horarios, indicando que los propietarios de los animales domésticos tendrán especial cuidado de no perturbar la vida de los vecinos con gritos, cantos, sonidos, ni ningún otro tipo de ruido, tanto si se encuentran en el interior de la vivienda, como las terrazas, pasillos, escaleras o patios, en especial desde las 21.00 horas hasta las 8.00 horas (art. 16).

Un último aspecto tratado en torno a los animales en la Ciudad es el suministro de alimentos. Ayuntamientos, como los de Málaga u Oviedo regulan, por razones de salud pública y protección del medio ambiente urbano, la prohibición de suministro de alimentos a animales vagabundos o abandonados y a cualquier otro, en especial a las palomas urbanas, en los espacios públicos u otros lugares como solares o inmuebles, cuando pudieran convertirse en focos de insalubridad o generar suciedad o molestias (Ayuntamiento de Málaga, art. 19). De igual manera se prohíbe el abandono de animales muertos, así como arrojarlos a los contenedores de residuos (Ayuntamiento de Albacete, art. 16.13). Para finalizar, no hay que obviar la situación de los animales potencialmente peligrosos y su incidencia en el ámbito urbano. Ordenanzas como la del Ayuntamiento de Granada son sensibles con esta problemática, recogiendo una enumeración de razas peligrosas (54) e introduciendo toda una serie de obligaciones y prohibiciones con respecto a las personas propietarias o poseedoras de este tipo perros (arts. 141 y 142), como la obligación de obtención de una licencia de tenencia de perros potencialmente peligrosos, su inscripción en el correspondiente registro municipal o el contratar un seguro de responsabilidad civil por daños a terceros, que en el caso de perros potencialmente peligrosos deberá tener una cobertura mínima de 175.000 euros por siniestro.

5. Degradación visual del entorno urbano

Otro bloque importante de conductas sancionables dentro de las Ordenanzas de convivencia ciudadana es el relativo a la degradación visual del entorno urbano, si bien la regulación de estos aspectos muchas veces se realiza a través de disposiciones centradas en la limpieza urbana o pública, según la

(53) Otros aspectos a destacar de esta Ordenanza son la intervención administrativa de la tenencia y venta de animales (título I); actuaciones con respecto a animales de compañía abandonados y perdidos y lo relativo a centros de acogida de animales de compañía (art. 19 y 20); perros potencialmente peligrosos (art. 21 y 22); traslado de animales domésticos en transporte público (art. 26); colonias de gatos ferales (art. 28); fauna salvaje (arts. 29 a 33); régimen jurídico de la venta de animales (título III); además de un anexo en el que recoge un largo listado de condiciones higiénico-sanitarias.

(54) Pitt Bull Terrier, Staffordshire Bull Terrier, American Staffordshire Terrier, Rottweiler, Dogo Argentino, Fila Brasileiro, Tosa Inu, Akita Inu, Doberman (art. 141).

denominación dada por el Ayuntamiento. Este aspecto es importante ya que, incluso habiendo regulación por parte de las Ordenanzas de convivencia ciudadana, la remisión o el desarrollo normativo de los criterios generales hacia la Ordenanza concreta es el *modus operandi* más común. Dentro de este apartado, merece especial atención ya no sólo lo relativo a residuos y basuras, sino especialmente a la realización de grafitos, pintadas u otras expresiones gráficas en el entorno urbano, así como la colocación de pancartas, carteles y folletos, conductas toda ellas que serán analizadas a continuación.

A) Residuos y basuras

Dentro de lo que se denomina degradación visual del entorno urbano, asume especial protagonismo la regulación dada por las Ordenanzas sobre convivencia ciudadana al tratamiento por parte del ciudadano de los residuos y basuras en los espacios públicos. Su regulación y tipificación se sostiene en la protección de la salubridad pública, el derecho a disfrutar de un espacio público limpio y de un medio ambiente adecuado, así como el respeto a las pautas generales aceptadas de convivencia y civismo (Ayuntamiento de Málaga, art. 14). En este marco regulatorio se engloban conductas tales como el sacudido de ropas, alfombras, riego de plantas, el arrojar a la vía pública cualquier tipo de basura o residuo o el lavado de coches en la vía pública, acciones a las que podemos sumar el realizar necesidades fisiológicas en la vía pública.

En cuanto al primer aspecto, las normativas optan por prohibir el sacudido de ropas, alfombras o cualquier objeto similar sobre la vía pública desde balcones, ventanas o terrazas (véase Ayuntamiento de Sevilla, art. 23.2, o Ayuntamiento de Cuenca, art. 42), si bien es interesante el caso del Ayuntamiento de Teruel en donde únicamente se permite sacudir prendas y alfombras sobre la vía pública, desde balcones y ventanas, adoptándose las debidas precauciones para evitar molestias a los transeúntes, en el horario de 7 a 9 horas, señalándose que en el caso de existencia de patio interior, se deberá realizar preferentemente sobre éste y en el citado horario. De igual manera, Ayuntamientos como los de Pamplona (art. 31) prohíben colocar ropa tendida en balcones, terrazas o azoteas de tal manera que pueda ser vista desde la calle, no estando permitido tampoco el depósito en balcones o galerías de materiales, enseres o muebles visibles desde el exterior que perjudiquen la estética del edificio, dando eso sí mayor margen de actuación en el supuesto de edificios que no puedan disponer de tendederos que no sean vistos desde la calle. Este hecho se recoge de igual manera por el Ayuntamiento de Zamora (art. 17) o Albacete (art. 25) que únicamente permiten el tendido o exposición de ropas, prendas de vestir y elementos domésticos en balcones, ventanas, antepechos, terrazas exteriores o paramentos de edificios visibles

desde la vía pública, cuando sea imposible, por la estructura y disposición de las viviendas, otro tipo de solución. Unas acciones que, como la que se analizará a continuación, son consideradas, por ejemplo por el Ayuntamiento de Albacete, como infracciones leves y sancionables con multa de hasta 120 euros (art. 26).

En cuanto al riego de plantas, destacan las restricciones horarias al fijarse en el caso del Ayuntamiento de Zamora (art. 22) el horario para el riego entre las 23.00 de un día y las 9.00 del siguiente, prohibiendo la colocación de macetas o cualesquiera otros objetos que pudieran suponer riesgos para los transeúntes en los alféizares de las ventanas o balcones cuando éstas carezcan de la protección adecuada. Franjas horarias parecidas pueden encontrarse en Cuenca (entre las 23.00 y las 8.00 horas), Ávila (de 6.00 y las 8.00, por la mañana y entre las 23.00 y las 01.00 de la noche, siempre y cuando no se produzcan daños o molestias a otros vecinos, art. 20) o Sevilla (entre las 24.00 y las 08.00 horas del día siguiente), señalándose de igual manera en este último caso la prohibición de vertido de residuos vegetales desde balcones, ventanas o terrazas procedentes o derivados del arreglo de macetas o arriates (art. 23.2).

Otros aspectos a considerar son la obligación de que los pequeños residuos generados durante el uso normal de los espacios públicos deban depositarse en las papeleras dispuestas al efecto o sean transportados hasta ellas cuando por cualquier motivo no exista una en las inmediaciones; o la prohibición de lavar vehículos, realizar reparaciones o cambios de aceite u otros líquidos contaminantes (Ayuntamiento de Zamora, art. 22). Estas conductas son reguladas por el Ayuntamiento de Pamplona (art. 22) o el de Logroño (art. 19) en los cuales, con una redacción parecida, se prohíbe «cualquier actividad u operación no autorizada que pueda ensuciar las vías y espacios de uso público, incluidos solares, fincas sin vallar, orillas y cauces fluviales», enumerando como acciones el lavado de automóviles, su reparación o engrase en dichas vías y espacios salvo concurrencia de fuerza mayor, el vertido de colillas de tabaco, envoltorios, chicles y desechos sólidos o líquidos, el vaciado de ceniceros y recipientes, la rotura de botellas, el depósito de basuras al lado de contenedores o papeleras cuando éstas se encuentren vacías y otros actos similares. Por lo que respecta al régimen sancionador, existe variedad de criterios si bien la consideración como infracción leve es lo más común (multa de hasta 750 euros), aunque se pueden encontrar tipificaciones interesantes como la del Ayuntamiento de Málaga (art. 18) que, partiendo del anterior aspecto, considera estas conductas como infracción grave (multa de 750,01 euros hasta 1.500 euros) cuando sean realizadas desde vehículos en marcha, viviendas en altura o pongan en peligro la higiene, salubridad o seguridad de las personas que transiten por las vías públicas.

Para concluir, conviene apuntar brevemente el tratamiento en las Ordenanzas de las necesidades fisiológicas humanas. En cuanto a este aspecto, se viene a censurar la realización de determinadas conductas tales como «escupir, orinar, defecar o hacer otras necesidades en las vías públicas y en los espacios de uso público», considerando agravada la conducta cuando se realice en espacios de «concurrida afluencia de personas o frecuentada por menores, o cuando se haga en monumentos o edificios protegidos» (55). En cuanto al régimen de sanciones, las regulaciones se decantan porque estas acciones sean constitutivas de infracción leve sancionables con multa de hasta 750,00 euros, si bien se muta a infracción grave, sancionada con multa de 750,01 a 1.500 euros, cuando se realicen en espacios de concurrida afluencia de personas o frecuentados por menores, o cuando se hagan en mercados de alimentos, monumentos, edificios catalogados, protegidos o en los espacios públicos (Ayuntamiento de Málaga, art 16 o Ayuntamiento de Castellón de la Plana, art. 33.d).

B) Grafitos, pintadas y otras expresiones gráficas

Cuando se habla de la degradación visual del entorno urbano, sin duda hay que hacer referencia a la realización de grafitos o actuaciones parecidas. En este sentido, la degradación visual se asocia ya no sólo a conductas de ensuciamiento y afeamiento de la Ciudad y por ende una contaminación visual que afecta a la calidad de vida de los vecinos y visitantes (Ayuntamiento de Logroño), sino también a la devaluación del patrimonio natural, público o privado, hechos que chocan directamente con el derecho a disfrutar del paisaje natural y urbano y el deber de mantenerlo en condiciones de limpieza, pulcritud y decoro (Ayuntamientos de Logroño y Cuenca).

La lucha contra la degradación visual del entorno urbano, acogiendo la regulación del Ayuntamiento de Barcelona como modelo, se traduce en que las Ordenanzas prohíben la realización de todo tipo de grafito, pintada, mancha, garabato, escrito, inscripción o grafismo, con cualquier materia (tinta, pintura, materia orgánica o similares) o bien rayando la superficie, sobre cualquier elemento del espacio público, así como en el interior o el exterior de equipamientos, infraestructuras o elementos de un servicio público e instalaciones en general, incluidos transporte público, equipamientos, mobiliario urbano, árboles, jardines y vías públicas en general.

(55) Vid. Ayuntamiento de Logroño (art. 20). También se puede hacer referencia, entre otras, a las regulaciones del Ayuntamiento de Ávila (art. 15), Castellón de la Plana (art. 24) o Salamanca (art. 15).

Sí que es verdad que dentro de estas actuaciones se excluyen la realización de pinturas murales de carácter artístico, siempre que se haya comunicado previamente al Ayuntamiento y se cuente con la autorización escrita del propietario del elemento sobre el que se quiere pintar, promoviéndose incluso por algunos Consistorios las manifestaciones de arte urbano (Ayuntamiento de Zamora, art. 13) al permitir ejecutarse sobre cerramientos de solares o de obras en construcción y en inmuebles y edificaciones que no sean de nueva construcción y que se encuentren fuera de uso siempre que no exista oposición del propietario (Ayuntamiento de Albacete, art. 19). En cuanto a las pintadas o inscripciones realizadas en cualquier espacio público o elemento existente en la vía pública con motivo de actividades lúdicas o deportivas autorizadas, se opta por la obligación de restablecer el estado original del bien o de los bienes afectados (Ayuntamiento de Ávila, art. 6). Por otra parte, no sólo las Ordenanzas luchan contra la contaminación visual a través de evitar la existencia de pintadas, sino que incluso algunos Ayuntamientos, como el de Zamora, exigen que los propietarios mantengan las fachadas, muros o vallas de su propiedad en buen estado y en adecuadas condiciones visuales para que la falta de lucimiento no llegue a afear las calles de la ciudad, pudiendo obligar a la realización de unas mínimas actuaciones de mantenimiento de estos elementos (pintura, obra, etc.), siendo sancionable su inejecución (art. 13.2).

Por lo que respecta a la calificación de estas acciones y su sanción, las normativas optan por una graduación atendiendo al lugar o elemento donde se han realizado. Ayuntamientos como los de Barcelona, Cuenca o Málaga las consideran como infracción leve sancionable con multa de hasta 750 euros, si bien pasan a ser graves (sancionables con multa de 750,01 a 1.500 euros), cuando éstas se realicen en los elementos del transporte, ya sean de titularidad pública o privada (incluidos los vehículos, las paradas, las marquesinas y demás elementos instalados en los espacios públicos o privados); en los elementos de los parques y jardines públicos; en las fachadas de varios inmuebles próximos o colindantes, salvo que la extensión de la pintada o el grafito sea casi inapreciable; en las señales de tráfico o de identificación viaria, o de cualquier elemento del mobiliario urbano, cuando implique la inutilización o pérdida total o parcial de funcionalidad del elemento. A ello debe sumarse la consideración como infracción muy grave (multa de 1.500,01 a 3.000 euros) cuando se atente especialmente contra el espacio urbano por realizarse sobre monumentos o edificios, que incluso puede ser constitutiva de la infracción patrimonial prevista en el artículo 626 del Código Penal (Ayuntamiento de Huesca) (56). Aparte de todo lo anterior, algunas

(56) Circunstancia que los agentes de la autoridad pondrán en conocimiento de la autoridad judicial competente, sin perjuicio de la continuación del expediente sancionador. Especialmente se persigue la realización de pintadas en monumentos o edificios catalogados o protegidos, señales de tráfico o de identificación viaria, o en cualquier elemento del mobiliario urbano.

Ordenanzas también recogen intervenciones específicas de limpieza y restitución inmediata a su estado anterior, en las que por parte de los agentes de la autoridad se puede conminar personalmente a la persona infractora a que proceda a su limpieza, sin perjuicio de la imposición de las sanciones que correspondan por la infracción cometida, o que el Ayuntamiento, subsidiariamente, pueda limpiar o reparar los daños causados por la infracción con cargo a la persona o personas responsables y sin perjuicio de la imposición de las sanciones correspondientes (Ayuntamiento de Cuenca, art. 18; Ayuntamiento de Guadalajara, art. 15)

Otro aspecto importante a analizar es el relativo a la responsabilidad por los actos de menores. Debe tenerse en cuenta que, en el caso de menores de edad, las Ordenanzas consideran responsables civiles subsidiarios de las infracciones a sus responsables legales (Ayuntamiento de Huesca, art. 12). Sin perjuicio de la responsabilidad civil subsidiaria de los padres o madres o tutores o tutoras o guardadores o guardadoras por las acciones de los menores de edad que dependan de ellos, se dispone que aquéllos serán también responsables subsidiarios de las infracciones cometidas por los menores que se encuentren bajo su tutela, siempre que, por su parte, conste dolo, culpa o negligencia, incluida la simple inobservancia (Ayuntamiento de Granada, art. 35.3). No obstante, sobre este aspecto hay que considerar la problemática jurisprudencial acerca de la vulneración del principio de la personalidad de las penas. En este sentido resulta interesante el análisis, entre otras, de dos sentencias, en concreto la sentencia núm. 337/2012, de 8 marzo, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª) y la sentencia núm. 134/2012, de 30 enero, del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Valladolid (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª), que analizan el alcance de la responsabilidad administrativa de los padres, tutores y personas que tienen la custodia de menores e inimputables, respecto de los hechos verificados por éstos y tipificados, acotando de manera importante la extensión de dicha responsabilidad.

La primera sentencia, referida a la Ordenanza municipal para fomentar y garantizar la convivencia ciudadana en los espacios de Alcalá de Henares de 2010, analiza el alcance del apartado 4º del art. 14 y el apartado 4º del art. 38 de la Ordenanza (57) que para los demandantes infringía el principio

liario urbano cuando implique la inutilización o pérdida total o parcial de funcionalidad del elemento, con la consideración de infracción muy grave con multa de 1.501 hasta 3.000 euros (vid. Ayuntamiento de Albacete, art. 20).

(57) En concreto, el precepto decía: «Sin perjuicio de la responsabilidad civil subsidiaria de los padres o tutores o guardadores por las acciones de los menores de edad que dependan de ellos, aquéllos serán también responsables directos y solidarios de las infracciones cometidas por los menores de edad, siempre que, por su parte, conste dolo, culpa o negligencia, incluida la simple inobservancia».

de personalidad de las sanciones y el de la inexistencia de la sanción sin culpa. Un hecho que la sentencia compartió al anular dichos artículos por violación tanto del principio de personalidad de la pena, protegido por el art. 25.1 CE, como del principio de la personalidad de la pena o sanción (artículo 130 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (58)). Parecido pronunciamiento se recoge en la Sentencia núm. 134/2012, de 30 enero, del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Valladolid, en donde en su fundamento de derecho cuarto y con base en jurisprudencia previa, rechaza considerar responsables de las infracciones a los padres, tutores o quienes tengan la custodia legal de los mismos debido a que se infringe «el principio de personalidad de las sanciones y el de la inexistencia de la sanción sin culpa».

C) Pancartas, carteles y folletos

Un último aspecto a reseñar dentro de la alteración de la imagen urbana es la relativa a la publicidad, más en concreto la problemática referida a las pancartas, carteles y folletos en sus diferentes medios de visualización y de distribución. Aunque existen Ordenanzas sobre publicidad centradas en la regulación y condicionantes de la misma, en las relativas a convivencia social se pueden encontrar recogidas diversas normas de conducta, destacando, entre otras, las regulaciones del Ayuntamiento de Huesca o Granada por su pormenorización.

Profundizando en las mismas, se comprueba cómo las Ordenanzas sobre convivencia social parten del hecho de que toda colocación de carteles, vallas, rótulos, pancartas, adhesivos, papeles pegados o cualquier otra forma de publicidad, anuncio o propaganda deben efectuarse únicamente en los luga-

(58) La sentencia dispone en su fundamento jurídico quinto: «Ha de mostrar la Sala su conformidad con el argumento de la parte apelante. Se trata de un precepto que disciplina claramente la responsabilidad de los padres, tutores o personas que tengan la guarda legal de menores e inimputables a los actos contrarios a la ordenanza cometidos por dichas personas; establece, por lo tanto, quiénes son responsables. Se trata de una regla de atribución de responsabilidad, que se complementa con la de exención de culpa a los menores y los inimputables. La norma extiende la responsabilidad administrativa a los padres, tutores y personas que tienen la custodia de menores e inimputables, respecto de los hechos verificados por éstos y tipificados en la ley». Además, dicho pronunciamiento se apoyaba en las sentencias de 23 y 25 de noviembre de 2009 del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña y especialmente la Sentencia del Tribunal Constitucional 146/1994, de 12 de mayo, que dispone: «entre los principios informadores del orden penal se encuentra el principio de personalidad de la pena, protegido por el art. 25.1 de la Norma fundamental (STC 254/1988, fundamento jurídico 5.º), también formulado por este Tribunal como principio de la personalidad de la pena o sanción (STC 219/1988, fundamento jurídico 3.º) denominación suficientemente reveladora de su aplicabilidad en el ámbito del derecho administrativo sancionador».

res expresamente habilitados al efecto por el Ayuntamiento (59). Con ello, se prohíbe toda colocación de carteles y pancartas en edificios e instalaciones municipales, espacios públicos, elementos del paisaje o el mobiliario urbano o natural, sin autorización expresa del Consistorio; no poniéndose restricciones en el caso de que se instalen en un bien privado, siempre que cuente con la autorización del titular del mismo a no ser que vuele sobre el espacio público o se hallen en balcones y otras aberturas, casos en los cuales será necesaria también autorización municipal (entre otros, Ayuntamiento de Barcelona, art. 23). El Ayuntamiento de Albacete (art. 22) matiza más este último aspecto al exigir dicha autorización cuando el elemento, aunque esté en un bien privado, sea visible desde la vía pública; no distinto en los casos de colocación sobre cerramientos de solares o de obras en construcción y en inmuebles y edificaciones que no sean de nueva construcción y se encuentren fuera de uso, además de escaparates, portales y otros lugares situados en el interior de los establecimientos, simplemente basta el consentimiento del titular, siempre teniendo en cuenta que los propietarios de los inmuebles deben mantener limpias sus paredes y fachadas de cualquier tipo de cartel o anuncio que no esté autorizado (Ayuntamiento de Cuenca, art. 19).

Otras conductas cuya prohibición puede ser identificada en la normativa local (60), a no ser que cuenten con la correspondiente autorización, son las referidas a la publicidad mediante personas que porten carteles, vehículos en circulación o estacionados o cualquier otra forma de publicidad, anuncio o propaganda en un espacio público. A ello se suma la colocación de publicidad sobre la parte exterior de los cristales de los vehículos, así como esparcir y tirar toda clase de folletos o papeles de publicidad comercial o cualquier material similar en la vía pública y en los espacios públicos; rasgar, arrancar y tirar al espacio público carteles, anuncios, pancartas y objetos similares; o

(59) Vid. Ayuntamiento de Ávila (art. 7), Cáceres (arts. 11 a 13); Castellón de la Plana (arts. 12 y 13); Segovia (arts. 13 a 15). La Ordenanza granadina hace continuas referencias a la Ordenanza sobre publicidad, incluyendo condicionantes acerca de los requisitos que deben cumplir las pancartas (no podrán sujetarse a farolas o báculos de alumbrado público; la altura mínima de colocación, medida en el punto más bajo, será de cinco metros cuando la pancarta atraviese la calzada, y de cuatro metros en aceras, paseos y otras zonas de peatones; la superficie de la pancarta será la adecuada para que se garantice la estabilidad de los soportes a efectos del viento); además de incluir especificaciones en cuanto a la concesión de la autorización para la colocación o distribución de los elementos publicitarios, así como la obligación de limpiar los espacios de la vía pública que se hubiesen ensuciado y de retirar dentro del plazo autorizado, que no podrá exceder de 45 días naturales, todos los elementos publicitarios que se hubieran utilizado y sus correspondientes accesorios (art. 38).

(60) Vid. Ayuntamiento de Albacete (art. 22); Ayuntamiento de Barcelona (art. 23); Ayuntamiento de Cuenca (art. 19); Ayuntamiento de Guadalajara (art. 16); Ayuntamiento de Huesca (arts. 19 y ss)

el que las personas que reparten publicidad domiciliaria puedan dejar propaganda fuera del recinto del portal de los edificios o, en su caso, fuera de los buzones de correspondencia o de publicidad existentes en el exterior y que resultan accesibles desde la vía pública. Fuera de este bloque quedaría la difusión en la vía pública de octavillas publicitarias privadas de carácter comercial y lucrativo, salvo que se motive el interés general, cultural o similar, que el Ayuntamiento de Granada, por ejemplo, excluye de autorización al no permitirse. No obstante, sí que es verdad que en este aspecto hay discrepancia al permitirse por el Ayuntamiento de Huesca el reparto «mano a mano», si bien en el caso de arrojar octavillas o folletos a la vía pública se dice que los servicios municipales correspondientes efectuarán la limpieza de ese espacio urbano imputando a los responsables el coste de los servicios prestados, sin perjuicio de la sanción correspondiente (art. 24).

En cuanto a la tipificación y sanción de estas conductas, su consideración como infracción grave o leve varía entre normativas, siendo leve, por ejemplo, en las Ordenanzas del Ayuntamiento de Cuenca, Segovia (120 a 750 euros) (61) o Guadalajara (hasta 750 euros), o grave en el caso del Ayuntamiento de Albacete (con multa de 121 hasta 1.500 euros) salvo acciones concretas que serán muy graves, véase las realizadas sobre monumentos o edificios catalogados o protegidos y cuando tengan lugar en las señales de tráfico (multa de 1.501 hasta 3.000 euros). También, en lo relativo a infracciones y sanciones, destaca el hecho de que los agentes de la autoridad puedan retirar e intervenir cautelarmente los materiales o medios empleados además de la posibilidad de acudir a la ejecución subsidiaria por parte de la Administración (Ayuntamiento de Albacete). No obstante, hay un criterio unánime y es el de considerar que el anunciante o las personas físicas o jurídicas que promuevan la contratación o difusión del mensaje responden directa y solidariamente de las infracciones con los autores materiales del hecho, siendo a su vez los titulares de la autorización responsables de la retirada de los elementos instalados y de reponerlos a su estado anterior de acuerdo con las indicaciones de los servicios municipales (entre otros, Ayuntamiento de Barcelona).

(61) Sí que es verdad que la Ordenanza recoge una triple consideración ya que aunque parte de la infracción leve, muta a grave (multa de 750,01 a 1.500 euros) cuando se coloquen en edificios e instalaciones municipales, en el mobiliario urbano o natural, o muy grave (multa de 1.500,01 a 3.000 euros) cuando se realicen sobre monumentos o edificios catalogados o protegidos o cuando se hagan en señales de tráfico de manera que imposibilite una correcta visión por parte de los conductores y/o peatones.

V. CONCLUSIÓN

Como se ha comprado, la acción de los Ayuntamientos en los últimos años por establecer unas reglas de conducta y de convivencia en el entorno urbano ha sido unánime, adoptando diferentes formas.

La defensa de la sostenibilidad urbana pasa por ser un elemento vertebrador de las mismas ya que esta no puede ser entendida sin la existencia de una pacífica convivencia entre los ciudadanos. Por otra parte, la imposición de sanciones por los Ayuntamientos a raíz de la aparición de estas Ordenanzas de convivencia ciudadana ha sido respaldada por el Tribunal Constitucional, dando vía libre a una acción municipal tendente a regular toda conducta o comportamiento que pueda influir negativamente en el día a día del ciudadano.

A partir de ahí, la variedad de conductas hace que en muchos casos se desvirtúe el propio enunciado de algunas Ordenanzas que más allá de centrarse en comportamientos antisociales, incluyen situaciones como la prostitución o la mendicidad. De todos modos, la evolución de la sociedad y de sus hábitos pone en muchos casos en jaque derechos ciudadanos y es aquí donde la esfera municipal adopta la figura de garante de elementos tan importantes como la seguridad, la tranquilidad, la protección del medio ambiente, la salubridad, la salud pública, la libre circulación, el descanso o la conservación, buen uso e higiene de las vías públicas.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- AGUADO I CUDOLÀ, Vicenç (2008): «Seguridad pública, convivencia ciudadana y protección civil», en Betancor Rodríguez, Andrés y Noguera de la Muela, Belén, *Comentarios al régimen municipal especial de Barcelona*, Madrid, Editorial Aranzadi, pp. 605-664.
- ALEGRE ÁVILA, Juan Manuel, «Potestad sancionadora y entes locales: El principio de legalidad sancionadora», *Revista de Estudios Locales*, núm. 71, pp. 28-36.
- ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, Ignacio (2012): «Las ordenanzas municipales de convivencia: una práctica en expansión jurídicamente problemática», en MATIA PORTILLA, Francisco Javier (coord.): *Pluralidad territorial, nuevos derechos y garantías*, Granada, Editorial Comares, pp. 331-355.
- BEATO ESPEJO, Manuel (1996): «El medio ambiente urbano y la convivencia ciudadana: El ruido por el consumo de bebidas en la vía pública», *Revista de Administración Pública*, núm. 139, pp. 171-194.

- BLASCO DÍEZ, José Luis (2001): *Ordenanza Municipal y Ley*, Madrid, Marcial Pons.
- CASINO RUBIO, Miguel (2011): «Las nuevas y discutibles ordenanzas municipales de convivencia», *Istituzioni del federalismo: rivista di studi giuridici e politici*, núm. 4, pp. 743-771.
- (2012): «Ordenanzas de convivencia, orden público y competencia municipal», *Justicia administrativa: Revista de derecho administrativo*, núm.56, pp. 7-20.
- (2013): «La vida exagerada de las ordenanzas municipales de convivencia ciudadana», *Seminari de Dret Local. Federació de municipis de Catalunya*, marzo 2013, pp. 1-18.
- DÍAZ RUIZ, Susana Beatriz (2005): «La ciudad como espacio social de convivencia», *Acciones e investigaciones sociales*, núm. 21, pp. 77-107.
- Federación Española de Municipios y Provincias (2017): *Ordenanza tipo de seguridad y convivencia ciudadana*. Recuperado de: http://femp.femp.es/files/566-373_archivo/Ordenanza%20Tipo%20de%20Convivencia%20Ciudadana%20FEMP.pdf (marzo de 2017).
- GARCÍA GARCÍA, María Jesús (2014): «La sanción de prestaciones en beneficio de la comunidad en las ordenanzas de convivencia ciudadana», *Centro de Estudios Municipales y de Cooperación Interprovincial*.
- GUILLÉN LANZAROTE, Aida (2013): «El derecho a la ciudad. Análisis de la carta europea de salvaguarda de los derechos humanos en la ciudad», en Ansuátegui Roig, Francisco Javier; RODRÍGUEZ URIBES, José Manuel; PECES-BARBA, Gregorio; FERNÁNDEZ GARCÍA, Eusebio (coords.): *Historia de los derechos fundamentales*, vol. 4, tomo 6 (*El Derecho positivo de los derechos humanos*), Madrid, Editorial Dykinson, pp. 2099-2138.
- GRACIA RETORTILLO, Ricard (2008): «Convivencia ciudadana, prostitución y potestad sancionadora municipal. El caso de Barcelona», *Cuadernos de derecho local*, núm. 17, pp. 99-133.
- HEREDIA URZÁIZ, Iván (2009): «Control y exclusión social: La Ley de Vagos y Maleantes en el primer franquismo», en ROMERO SALVADOR, Carmelo y SABIO ALCUTÉN, Alberto (coords.): *Universo de micromundos. VI Congreso de Historia Local de Aragón*, Zaragoza, Institución «Fernando el Católico» y Pressas Universitarias de Zaragoza, pp. 109-122.
- IBÁÑEZ PICO, Marisol (2008): «Municipio y civismo: las ordenanzas municipales como instrumento para la convivencia», *Revista de estudios de la administración local y autonómica*, núm. 307, pp. 143-184.
- JIMÉNEZ ASENSIO, Rafael (2005): «Potestad normativa municipal y convivencia ciudadana», *Anuario del Gobierno Local*, núm. 1, pp. 29-94.

- (2011): *Convivir en la ciudad. La Convivencia ciudadana en el espacio público*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Madrid.
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo (2015): «El debate sobre el uso de los espacios públicos: ¿andar por la calle desnudo o con la cara tapada?», *Asamblea, revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, núm. 33, pp. 13-72.
- MERINO ESTRADA, Valentín (2006): «Las nuevas ordenanzas municipales reguladoras de la convivencia ciudadana», *Revista de estudios de la administración local y autonómica*, núm. 300-301, pp. 485-510.
- MORENILLA RODRÍGUEZ, José María (1977): «La aplicación de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social: dificultades prácticas y aproximación a una solución», *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo 30, Fasc/Mes 1, pp. 65-82.
- ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo; Pareja Eastaway, Montserrat; Ponce Solé, Juli; Sibina Tomàs, Domènec (2008): «Estudio preliminar: convivencia ciudadana, seguridad pública y urbanismo», en ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo y PONCE SOLÉ, Juli (coords.): *Convivencia ciudadana, seguridad pública y urbanismo: diez textos fundamentales del panorama internacional*, Barcelona, Fundación Democracia y Gobierno Local, pp. 11-68.
- ORTUÑO RODRÍGUEZ, Alicia Esther (2009). «La potestad sancionadora de las entidades locales. Especial referencia a las ordenanzas cívicas», *Cuadernos de derecho local*, núm. 20, pp. 23-52
- PÁRAMO BERNAL, Pablo Fernando (2011): «La recuperación del espacio público para la formación del ciudadano en comportamientos urbanos responsables», *Educación y ciudad*, núm. 21, pp. 155-166.
- PEMÁN GAVÍN, Juan María (2007): «Ordenanzas municipales y convivencia ciudadana: reflexiones a propósito de la Ordenanza de civismo de Barcelona», *Revista de estudios de la administración local y autonómica*, núm. 305, pp. 9-55.
- PONCE SOLÉ, Julio (2002): *Poder local y guetos urbanos: las relaciones entre el derecho urbanístico, la segregación espacial y la sostenibilidad social*, INAP, Madrid.
- RUIZ-RICO RUIZ, Catalina (2014): «Las Ordenanzas Locales de Convivencia y su impacto constitucional: a propósito de la STS de 14 de febrero de 2013», *Actualidad administrativa*, Núm. 1, p. 1.
- RUJANO ROQUE, Raima y Salas, Johel (2015): «Políticas públicas en materia de convivencia ciudadana: Retos y posibilidades», *Encuentros*, Vol. 13, núm. 2.
- SERRANO GÓMEZ, Alfonso (1974): «Ley de peligrosidad y rehabilitación social», *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo 27, Fasc/Mes 2, pp. 221-264.

- VAQUER CABALLERÍA, Marcos (2003): «La Carta Europea de Salvaguarda de los Derechos Humanos en la Ciudad», *Cuadernos de derecho local*, núm. 2, pp. 139-145.
- VELASCO CABALLERO, Francisco y Díez SASTRE, Silvia (2004): «Ordenanzas municipales y reserva de ley sancionadora», *Cuadernos de derecho local*, núm. 5, pp. 50-62.

RÉGIMEN JURÍDICO DE LA CAPTURA Y EL ALMACENAMIENTO DE CARBONO ATMOSFÉRICO POR LOS MONTES. PROPUESTA DE CREACIÓN DE UN INSTRUMENTO ECONÓMICO DE MERCADO (*)

JOSÉ MIGUEL GARCÍA ASENSIO

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO Y ANÁLISIS DE LA CUESTIÓN: 1. Naturaleza jurídica de la captura y almacenamiento de carbono atmosférico por los montes. 2. iniciativas existentes para compensar al propietario forestal. 3. Breve cita a las soluciones adoptadas en el Derecho comparado.– II. LA FUNCIÓN AMBIENTAL DE LOS BOSQUES COMO SUMIDEROS DE CARBONO, ESPECIALMENTE DESDE LA PERSPECTIVA DEL PROTOCOLO DE KYOTO: 1. Puntualización terminológica previa: distinción conceptual entre monte y bosque. 2. Exposición histórico-jurídica de los bosques como sumideros de carbono. 3. Análisis crítico de la normativa emanada dentro del sistema del Protocolo de Kyoto en relación con la función de sumidero de los bosques.– III. PANORAMA LEGISLATIVO ESPAÑOL Y EUROPEO SOBRE LOS MONTES COMO SUMIDEROS DE CARBONO.– IV. EVALUACIÓN DE LA VIABILIDAD JURÍDICA DE UN INSTRUMENTO ECONÓMICO DE MERCADO CUYO OBJETO SON LOS DERECHOS DE CAPTURA Y ALMACENAMIENTO DE CARBONO ATMOSFÉRICO POR LOS MONTES EN ESPAÑA: 1. Exposición de la medida propuesta. 2. La enajenación de los mencionados derechos de captura.– V. CONCLUSIONES.– VI. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: Se efectúa un estudio sistemático tanto de la normativa española como de la derivada del Protocolo de Kyoto, incluido el Acuerdo de París, analizando el tratamiento jurídico de la función ambiental de los montes como sumideros de carbono, especialmente a través de la silvicultura. Ante la problemática que se advierte tras dicho análisis jurídico se propone una solución de *lege ferenda* configurada como un instrumento económico de mercado, de tal manera que los propietarios forestales puedan verse compensados por la referida función que prestan los montes de su titularidad.

Palabras clave: monte; bosque; sumidero de carbono; captura de CO₂; Protocolo de Kyoto; Acuerdo de París; externalidad; aprovechamiento forestal; intangible; instrumento económico de mercado; propietario forestal; compensación.

(*) Trabajo recibido en esta REVISTA el 4 mayo 2017 y evaluado favorablemente para su publicación el 16 abril 2018.

ABSTRACT: *A systematic study is carried out about the Spanish regulations as well as those derived from the Kyoto Protocol, including the Paris Agreement, analyzing the legal treatment of the environmental role of forests as carbon sinks, especially through forestry. In view of the problems that arise after such legal analysis, a lege ferenda solution is proposed that is configured as an economic market instrument, in such a way that the forest owners can be compensated for by the aforementioned function provided by the mountains of their ownership.*

Key words: *mountain; forest; carbon sink; CO₂ capture; Kyoto Protocol; Paris Agreement; externality; forest use; intangible; economic market instrument; forest owner; compensation.*

I. PLANTEAMIENTO Y ANÁLISIS DE LA CUESTIÓN

1. Naturaleza jurídica de la captura y almacenamiento de carbono atmosférico por los montes

La captura y almacenamiento de carbono atmosférico es uno de los dos objetivos perseguidos por el Tratado de Kyoto de 1997 (1), además de la reducción de las emisiones de CO₂ en la fuente (2). Tal cosa, si es desarrollada por los montes (3), goza de la consideración legal de externalidad, como así previene el art. 4 (Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de Montes, LM), por cuanto toda la sociedad se beneficia de la fijación del carbono atmosférico. Como quiera que el art. 6 (LM) no contiene una definición legal de externalidad, debemos acudir al apartado 17º del art. 3 (Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad, LPNB), que las concibe como «*todo efecto producido por una acción, que no era buscado en los objetivos de la misma*». En base al citado art. 4 (LM), doctrinalmente se ha conceptualizado a las externalidades como beneficios ambientales que producen los montes y que trascienden al conjunto de la sociedad (4). De la conjunción de ambas definiciones se infieren tres características de toda externalidad forestal: su accesoriadad o accidentalidad, por cuanto nunca se trata del efecto principal o buscado de la actividad o acción; es algo positivo, ya que no estamos ante un perjuicio o demérito; y tiene un anfibológico carácter ambiental y social, bien

(1) Cuyo Instrumento de Ratificación fue aprobado por unanimidad de las Cortes Generales de España el 11 de abril de 2002, en sesión plenaria núm. 152, y publicado en el BOE núm. 33, de 8 de febrero de 2005.

(2) MARTÍN MATEO (2005: 37).

(3) También los mares realizan esta actividad, y puede, así mismo, provocarse artificialmente por el ser humano mediante instalaciones *ah hoc* (v.gr., la Ley 40/2010, de 29 de diciembre, de almacenamiento geológico de dióxido de carbono, LAGDC).

(4) CIERCO SEIRA (2005: 371).

porque afecta a un elemento integrante del Medio Ambiente, bien porque el destinatario de los beneficios de la misma es toda la sociedad, sin que pueda individualizarse en una persona o personas concretas y determinadas, lo que excluye su tráfico o transacción.

¿Son, pues, las externalidades y, en concreto la captura y almacenamiento de carbono atmosférico, un aprovechamiento forestal? Tradicionalmente se les ha venido considerando como un beneficio o utilidad indirecta, al igual que los típicos o tradicionales de protección del suelo y del ciclo hidrológico, también incluidos expresamente en el art. 4 (LM). Para la primera doctrina forestal *«Los beneficios cósmicos que fluyen de los montes y que recoge la sociedad podrán denominarse «indirectos», quizá porque no van «directos» al propietario privado (...). De todos modos, podemos y queremos prescindir de tales beneficios indirectos, ya que puede argumentarse en sentido de que, si se difunden en el cuerpo social y no se condensan «dinerariamente» en manos del propietario (...), es al Estado en su totalidad, y no a ninguna de sus instituciones, a quien incumbe tomarlas en consideración»* (5). A pesar de la antigüedad y tosquedad del texto, del mismo pueden desprenderse las dos ideas fundamentales sobre las que pivota el análisis de la cuestión. Respecto a la primera obsérvese que se califica a estos beneficios con el pintoresco adjetivo *«cósmicos»* (6), es decir, abstractos o intangibles, a la vez que espontáneos. La segunda, considera a estos beneficios como ausentes de concreción dineraria. Es decir, aunque al igual que en el caso de los aprovechamientos forestales se trata de un beneficio, éste no es de índole económica sino más bien social, enmarcándose en la tradicional dualidad entre beneficios directos e indirectos, que es común también en otras doctrinas europeas, como la italiana (7).

(5) LLEÓ SILVESTRE (1951: 7). Otros autores que utilizan este concepto son, v. gr., BARRIENTOS FERNÁNDEZ (1978: 59), quien también los califica con la curiosa expresión de *«influencias psicofisiológicas de los montes»* por contribuir *«(...) a proporcionar directamente al hombre un medio ambiente más favorable, incluyendo la disponibilidad de aire puro y espacios verdes para recreo y descanso, la práctica de deportes, turismo, etc...»*; LEGUINA VILLA (1974: 469), quien señala que la finalidad de los montes no es exclusivamente productora; PUIG SALES (1993: 75); FERNÁNDEZ TOMÁS (1979: 277), que considera *«los beneficios indirectos como influencia forestal»*; y, más recientemente, RUIZ DE LA TORRE (2009: 7), considerando que existen beneficios climáticos, hidrológicos y estabilizadores del suelo.

(6) O *«cosmológicos»* propiamente hablando, calificativo que los primeros ingenieros de montes tomaron de la obra de Alexander von Humboldt *«Cosmos»*, en la que describe los conocimientos de la época sobre las leyes que rigen la física del mundo (GONZÁLEZ-DONCEL y GIL 2013: 576).

(7) AVANZI (1998: 178): *«Gli studiosi hanno definito «diretta» l'utilizzazione dei boschi volta al conseguimento di utilità di natura economica da parte del proprietario attraverso la produzione del legname; «indiretta» quella che ritrae la collettività sotto forma di stabilità dell'assetto idrogeologico, salubrità dell'aria e del clima. Quest'ultima, che corrisponde alla funzione sociale dei boschi, deriva dal fatto che le radici delle piante assicurano il lento infil-*

Más recientemente, las externalidades se han conceptualizado como un servicio ambiental (8) sin valor de mercado, incluso como «servicio ecológico gratuito» que los propietarios forestales proporcionan a la sociedad (9). De ahí que esta evolución haya permitido en otros países apuntar ya la posibilidad de cobrar por la prestación de este servicio (10), reconociendo a la par la necesidad de un verdadero desarrollo normativo. También se le ha denominado como «servicios a distancia», aunque este calificativo no haya tenido, obviamente, mucho éxito.

Pero recaba cierta unanimidad su consideración como función de los montes. Es más, esta postura defiende la multifuncionalidad forestal (11), en la que se integrarían también los aprovechamientos forestales (12). Postura exitosa, por

tramento delle acque piovane evitando o riducendo i rischi di franamenti, donde un migliore regime dei corsi d'acqua, mentre la salubrità dell'aria e del clima è legata agli scambi gassosi dell'apparato aereo in cui si realizza el processo di fotosintesis».

(8) A modo de ejemplo MAROSCHEK *et al.* (2009: 78), quienes hablan expresamente del «servicio de secuestro de carbono». El Informe del Parlamento Europeo sobre la ejecución de una estrategia forestal para la UE (2005/2054 (INE)), apartado 27, p. 12, los denomina «servicios positivos» y sugiere que sean compensados. En la misma línea ROJAS BRIALES (2011: 328); y MARTÍN MATEO (2002: 71 y 72).

(9) CABEZAS CEREZO (2003: 234 y 235). De este modo se les considera expresamente en el apartado k) del art. 3 de la Ley Forestal núm. 7575, de 16 de abril de 1996, de Costa Rica.

(10) SOLANO (2005: 7).

(11) V.gr. GROOME (1989: 144); GARCÍA ROBREDO (2002: 10 y 11); ÁLVAREZ CABRERO (2010: 23); y MANSOURIAN *et al.* (2009: 64); CALVO SÁNCHEZ y COLOM PIAZUELO (2005: 445), quienes acertadamente integran conceptualmente dentro de las funciones tanto las externalidades como los aprovechamientos forestales y los usos del monte, concluyendo con que «La clave, como seguramente se intuirá, reside en buscar el equilibrio necesario para que las diferentes funciones se verifiquen en todas las masas forestales (...). No se olvide que no todas las masas forestales cumplen de igual manera cada una de las funciones; sino que cada una lo hará dependiendo de circunstancias tales como sus características naturales, bióticas o abióticas, su uso histórico, la localización respecto de otros espacios o la estructura de la propiedad y la tradición de gestión»; y, sobre todo, SARASÍBAR IRIARTE (2007: 65 y 106 a 130). Para BUSTILLO BOLADO y MENÉNDEZ SEBASTIÁN (2005: 196, 197 y 199), dentro de esta multifuncionalidad, afirman que tradicionalmente la función social se refería al mero sostenimiento de la vida rural, especialmente a través de los montes comunales, y a la propiedad pública forestal, algo actualmente superado. Esta multifuncionalidad se ha reconocido también en la UE, como a través del Dictamen del Comité Económico y Social sobre «Situaciones y problemas de la silvicultura en la Unión Europea y potencial de desarrollo de las políticas forestales» de 1997 (Apartado 2.1.1), y, posteriormente, del Dictamen de ese mismo órgano sobre «Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo relativa a un Plan de Acción de la UE para los bosques» (COM (2006) 302 final), en donde ya se habla de «bosques para la sociedad» y «silvicultura multifuncional» (apartados 2.2 y 2.3).

(12) PLAZA MARTÍN (2001: 351) sistematiza el carácter multifuncional de los montes en dos grupos: los productos directos o bienes inmediatos, por ser medibles, valorables y extraíbles, y los productos indirectos, externalidades o bienes ambientales, que se obtienen por la mera existencia del bosque; los aprovechamientos forestales serían los primeros y las externalidades

cuanto desde su nacimiento oficial en el VI Congreso Forestal Mundial celebrado en Madrid en 1966 (13), ha tenido acogida en la normativa comunitaria europea, como, a modo de ejemplo, en la Resolución del Consejo de Europa sobre una Estrategia Forestal para la Unión Europea de 16 de diciembre de 1998 (Documento núm. 14244/1998), que reconoce «(...) *el papel plurifuncional de los bosques como máxima superior de actuación*» (apartado 5.a). Dicha Estrategia no deja duda al respecto: «*La función primordial y tradicional de los bosques, conocida como «función de materia prima», es su utilización como recurso regenerable para la obtención de madera y otros productos, como resina, corcho, setas y bayas. Aparte de su función económica, los bosques aportan toda una serie de beneficios que pueden considerarse útiles para la sociedad (...). En la última década, el papel de los bosques en la fijación de los óxidos de carbono ha ido adquiriendo una importancia cada vez mayor. Habida cuenta de que, en general, los bosques desempeñan varias de las funciones mencionadas, lo que mejor ilustra su uso es su multifuncionalidad. Ello significa, por ejemplo, que en un bosque destinado a la protección del suelo que, al mismo tiempo, tiene su importancia para la biodiversidad y la recreación, puede llevarse a cabo una corta selectiva de madera sin que se pierda ninguna de las funciones del bosque*» (14). Y de aquí, a la propia LM, cuyo meritado art. 4 califica la fijación de carbono atmosférico tanto de servicio ambiental como de función social relevante, o el art. 3.b) (LM) que fija, como principio inspirador de la misma, el cumplimiento equilibrado de la multifuncionalidad de los montes.

En resumen, cabe concluir con que todo monte cumple una serie de funciones, de muy diferente naturaleza [ambiental, económica y social, conforme el citado art. 3.b) (LM)], pero sólo dentro de los servicios indirectos se enmarcan las externalidades.

Éstas, como función del monte, no son un uso del mismo. La diferencia es clara: a pesar de que en ambos casos estamos ante un beneficio o utilidad, el uso supone una iniciativa humana a su favor, bien individual o colectiva. En cambio, las externalidades forestales vienen intrínsecamente incorporadas a la mera existencia del monte, y benefician a la colectividad. A modo de

los segundos. Sin contradecir esta postura, la norma española UNE 162001 sobre gestión forestal sostenible, vocabulario, terminología y definiciones, en su apartado 2.31 concibe la multifuncionalidad como el triple papel que cumplen los montes: protección, producción y uso social. De este modo los aprovechamientos forestales ejercen el papel productor, y las externalidades los restantes.

(13) MINISTERIO DE MEDIO AMBIENTE (2000: 92).

(14) Alguna doctrina ha mantenido que las externalidades son utilizadas más como justificación de una cierta política forestal que como elementos clave a la hora de tomar decisiones sobre la gestión de nuestros bosques (RUIZ PÉREZ y LLORCA CASANUEVA 1989: 299).

ejemplo, un campamento es un uso del monte como soporte físico, pero sólo se producirá si el hombre decide su instalación. Contrariamente, la captura de carbono puede verificarse en todos los montes de forma espontánea, sin intervención humana, sin perjuicio de que ésta la pueda potenciar, claro está, pero cuya existencia es independiente de la voluntad del hombre. Además, el campamento favorece sólo a los usuarios del mismo, mientras que la captura de carbono tiene una repercusión positiva universal.

Por otro lado, la diferencia entre los servicios indirectos y los aprovechamientos forestales debería ser clara. Aunque también en ambos existe un beneficio, en los primeros prevalece el ambiental y el social, mientras que en el segundo es el económico; no son utilidades excluyentes, pero sí dominantes en cada categoría, en donde conviven todos ellos (15). Además, y esto es importante, los aprovechamientos forestales se refieren a objetos o cosas materiales y determinadas o específicas, es decir, productos, mientras que las externalidades son incorpóreas y no sujetas a medición (16), aunque se trabaje en ello (17), pues su existencia puede comprobarse mediante los sentidos o instrumentos, como le pasa al gas o a la electricidad. De ahí las críticas doctrinales al art. 6.i) (LM) cuando incluye entre los aprovechamientos forestales «los servicios con valor de mercado característicos de los montes», no sólo por ser insólito en el panorama legislativo español, sino porque «(...) una idea jurídicamente operativa de aprovechamiento forestal debe girar en torno a los productos ordinarios del monte. En otro caso, el concepto se ensancha y pierde seguridad; no se ve bien qué servicios con valor de mercado característicos de los montes pueden equipararse con los productos forestales a los efectos de componer el concepto legal de aprovechamiento forestal, cuya estrecha vinculación a dichos productos no tiene porqué perecer sepultada bajo la idea de la multifuncionalidad del monte (...). No se trata con esto de propugnar la fidelidad inquebrantable a una caracterización tradicional de los aprovechamientos forestales (...), sino de postular un concepto jurídico de aquellos que tenga cierta consistencia y no se disperse en una pluralidad de objetos heterogéneos» (18). En consecuencia, aprovechamiento forestal y externalidades forestales son conceptos diferentes, categorías jurídicas separadas,

(15) ALLI ARANGUREN (2009: 445) reconoce esta dicotomía al afirmar que «(...) hoy predominan los valores indirectos, incluso intangibles, sobre los del aprovechamiento y beneficio directo». Empero, discrepamos de esta frase por cuanto no hay datos objetivos que acrediten este predominio, al menos económico y, por tanto, también social, sin que por ello se reste valor a la trascendencia ambiental de las externalidades.

(16) GARCÍA ASENSIO (2017: 91 y siguientes, 466 y 467).

(17) VÁZQUEZ RODRÍGUEZ *et al.* (2006: 71-95).

(18) Sabias palabras de BARCELONA LLOP (2005: 930), que hacemos nuestras en su integridad.

por lo que la captura del carbono no es, actualmente, un aprovechamiento forestal, ni son figuras que puedan equipararse.

Y digo bien lo de actualmente, pues aunque al día de la fecha el panorama jurídico no permite concluir otra cosa, no es menos cierto que en un plazo relativamente corto la situación va a cambiar necesariamente. Ya hubo algún intento cuando se tramitaba la actual LM, pues por parte del Grupo Parlamentario Catalán (CiU) se presentó una Enmienda (19) al art. 6, instando la inclusión de un nuevo apartado que contenía la definición de las «*externalidades positivas de los montes*», consistente en «*bienes y servicios que los montes prestan a la sociedad que no se incluyen en la Contabilidad Nacional*». Esta propuesta, no estimada como resulta notorio, y repudiable por diversos motivos (20), tiene su relevancia, ya que se justificaba como «*base para la definición de «aprovechamiento forestal»*». Es decir, ya se pretendía incluir las externalidades como otro aprovechamiento forestal, algo que fue rechazado, sin duda alguna debido sobre todo a su deficiente redacción, y a que ya el apartado i) del art. 6 (LM) incluía la citada expresión «*y servicios con valor de mercado característicos de los montes*» que parece querer englobar las externalidades, aunque realmente se trate de servicios y no de auténticos aprovechamientos forestales.

Lo que ocurre es que con esa expresión el legislador pretende en el fondo, quizás un tanto involuntariamente, adelantarse a una más que probable situación futura. Es notorio que las externalidades no son un aprovechamiento forestal, pues no comparte la cualidad caracterizadora de todo aprovechamiento forestal, como es el de ser una cosa específica (21), con lo que jurídicamente conlleva, y por eso son correctas las críticas a la redacción del art. 6.i) (LM). Pero también es evidente que esa función supone una utilidad social e, incluso, particular para los emisores de carbono a la atmósfera, y el propietario, a diferencia de los aprovechamientos forestales no percibe una contraprestación a cambio de su servicio e inversiones, no aplicándose *a sensu contrario*, en una operación de equidad, el principio de que «*quien contamina paga*», es decir, «*quien descontamina cobra*» (22).

(19) Enmienda núm. 218 (Boletín Oficial de las Cortes Generales (Congreso de los Diputados) núm. 138-7, de 23 de mayo de 2003, pp. 114 y 115).

(20) Primeramente por una razón sistemática, pues pretendía conceptual los aprovechamientos forestales pero fuera del apartado i) del art. 6, que es donde corresponde. Además, concebía la externalidad no sólo como un servicio sino también como un bien, como se analiza en el presente estudio. Por último, porque daba por hecho que no se incluían en la Contabilidad Nacional, lo que hubiera acarreado no pocos problemas de orden práctico.

(21) GARCÍA ASENSIO (2017: 95 a 97).

(22) Expresión afortunada debida a RODRÍGUEZ-CHAVES MIMBRERO (2013: 5), aunque con antecedentes en IBARRA SARLAT (2006: 370).

Ya se ha visto que los aprovechamientos forestales se distinguen de las externalidades en que los primeros se refieren a productos, es decir, cosas u objetos concretos y determinados (23), mientras que las externalidades son intangibles o incorpóreas. Tradicionalmente en nuestro Derecho se ha venido entendiendo al aprovechamiento como la facultad de consumir un bien, generalmente natural, lo que implica la de obtener la utilidad económica derivada (24). Pero de este punto de partida, el término aprovechamiento se ha extendido a otros ámbitos sectoriales, como el Urbanismo, entendiéndose como aprovechamiento urbanístico la posibilidad de lucro privado que resulta de los usos e intensidades (edificabilidad) permitidos por el planeamiento para un terreno concreto (25). Es decir, el aprovechamiento es el equivalente a la capacidad o intensidad edificatoria susceptible de apropiación privada o su valor en metálico. De este modo, el aprovechamiento urbanístico se configura como un beneficio que le corresponde en origen al propietario del suelo (26), y que recae directamente sobre un bien, aunque inmaterial pero consumible que se extingue o transforma en otro diferente (27).

Por lo tanto, podemos advertir que en el Derecho español existen dos clases de aprovechamientos: los corpóreos y los incorpóreos, es decir, los que se corresponden con objetos, como el forestal, y los que realmente son meros derechos, carentes en consecuencia de una tangibilidad física y que sólo existen en tanto en cuanto una normativa les reconoce como tal, como es el aprovechamiento urbanístico o el eólico (28). Gracias al expreso reco-

(23) Para ÁVILA *et al.* (2004: 18) al hablar de producto nos referimos siempre a un objeto o cosa.

(24) BELMONTE GRACIA (2009: 166).

(25) BELMONTE GRACIA (2009: 166). Conforme el derogado art. 23 (Texto Refundido de la Ley de Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, TRLS-92) se trata de la atribución efectiva al propietario afectado por una actuación urbanística, de los usos e intensidades susceptibles de apropiación privada, o su equivalente económico. Las diferentes normativas autonómicas han ido perfilando sus propias definiciones. Así, a modo de ejemplo, el art. 36.1 (Reglamento de la Ley de Urbanismo de Cataluña, aprobado por Decreto 305/2006, de 18 de julio, RLUC) previene que el aprovechamiento urbanístico está integrado por la edificabilidad, los usos y la intensidad de éstos, todo ello conforme asignación del planeamiento urbanístico.

(26) Para la STC 61/1997, de 20 de marzo, rec. inconstitucionalidad núm. 2477/1990 y acumulados, el aprovechamientos urbanístico es el beneficio que le otorga el planeamiento urbanístico al propietario del suelo, patrimonializado por éste (F.J. 17^o).

(27) BELMONTE GRACIA (2009: 169).

(28) El aprovechamiento eólico se menciona, aunque no se conceptúe positivamente, en la Ley 8/2009, de 22 de diciembre, por la que se regula el aprovechamiento eólico en Galicia y se crean el canon eólico y el Fondo de Compensación Ambiental, y, también en el asturiano Decreto 42/2008, de 15 de mayo, por el que se aprueban definitivamente las Directrices Sectoriales de Ordenación del Territorio para el aprovechamiento de la energía eólica.

nocimiento legal, que actúa a modo de medio de cosificación, los segundos pueden también transmitirse, compensarse, etc..., permitiendo una circulación en el tráfico jurídico como si de una cosa se tratara.

2. Iniciativas existentes para compensar al propietario forestal

A falta de un instrumento económico de mercado que regule la materia, existen iniciativas que tienden a habilitar otro tipo de medidas, a nuestro juicio bastante imperfectas, que intentan suplir de alguna manera esta ausencia. Primeramente, y debido a que esta externalidad reporta beneficios al conjunto de la sociedad, se justifica de algún modo una devolución o compensación de esa función por la vía de fomento a través de incentivos económicos (29). De este modo, el art. 65 (LM) configura unos incentivos por las externalidades ambientales que sólo tendrán lugar en montes ordenados, y que, entre otros supuestos, cubre «*La fijación de dióxido de carbono en los montes como medida de contribución a la mitigación del cambio climático, en función de la cantidad de carbono fijada en la biomasa forestal del monte, así como de la valorización energética de los residuos forestales*» (30). Como bien señala la doctrina (31), esta figura responde a la voluntad del legislador de recompensar de algún modo los beneficios ambientales que producen los montes. Estos incentivos podrán articularse a través de subvenciones al propietario forestal, fórmula desaconsejada por la UE (32), la suscripción de contratos y la

(29) En las Bases de Barcelona de 19 de julio de 2003 se defendía por las Asociaciones y Organizaciones de propietarios forestales el «*Derecho a obtener compensaciones por razón de la multifuncionalidad de los bosques y demás espacios forestales, así como por las externalidades positivas que los mismos generan a la sociedad*» (ALLI ARANGUREN 2009: 314). Para más detalles sobre esta actividad de fomento es preciso remitirse al meritorio estudio de SARASÍBAR IRIARTE (2007: 203 y siguientes). Y posteriormente, el Acuerdo de la Diputación Provincial de Soria de 14 de febrero de 2007, donde se solicita un doctrinal «*(...) reconocimiento del valor ambiental de los bosques compensando económicamente la casi nula rentabilidad que generan a sus propietarios tanto públicos como privados (...)*», exigiendo además «*(...) a las Administraciones Públicas repercutir las cantidades económicas anuales que correspondan en función del porcentaje de CO₂ procedente de la atmósfera que, en peso, retienen nuestras masas forestales así como el balance positivo de generación de oxígeno. En particular los referidos a los provenientes de todos los ingresos que se estén recaudando en función del coste ambiental de las actividades como son los impuestos sobre carburantes, sanciones ambientales, cánones sobre emisiones y cualesquiera otra que grave la contaminación ambiental*».

(30) Apartado b) del art. 65.2 (LM).

(31) CIERCO SEIRA (2005: 371 y 373).

(32) Dictamen del Comité Económico y Social sobre «*Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo relativa a un Plan de Acción de la UE para los bosques*» (COM (2006) 302 final): «*(...) no debería compensarse al propietario del bosque mediante subvenciones por bienes y servicios forestales actualmente no comercializados. El pago de los servicios debería realizarlo directamente los distintos usuarios y beneficiarios al propietario del bosque*» (apartado 3.1.3.1).

inversión directa por la Administración. La primera es la de puesta en marcha más probable, pues los otros dos mecanismos son ciertamente novedosos (33). No obstante, hasta la fecha ninguna de estas posibilidades ha sido utilizada.

Separadamente, la EFE ya apuntaba que la entonces futura Ley Básica de Montes y Aprovechamientos Forestales, la actual LM, debía de contemplar «(...) la creación de cánones, tasas u otros instrumentos similares que lleguen a cubrir los gastos producidos por estos servicios ofrecidos por los titulares de los predios forestales» (34). Ciertamente esta posibilidad de utilizar los mecanismos fiscales no se ha materializado en España, a pesar del mandato aprobado por la Comisión Mixta del Congreso para el Estudio del Cambio Climático de fecha 20 de septiembre de 2011 de crear una tasa sobre emisiones de CO₂ (35).

Por otro lado, y ya como medida de fomento, la UE ha tratado de incidir en esta materia a través de la política europea de desarrollo rural, más concretamente en la PAC 2014-2020, cuyo Reglamento (UE) núm. 1305/2013, de 17 de diciembre, incorpora medidas para la disminución del impacto ambiental de la agricultura europea como la concesión de ayudas por hectárea de superficie forestal cuando voluntariamente se lleven a cabo operaciones de cumplimiento de uno o varios compromisos silvoambientales y climáticos (art. 34.1), pero que no son una contraprestación por la funcionalidad de captura de carbono atmosférico, sino sólo un incentivo (36), dado que se excluyen los montes catalogados, que el Programa Nacional de Desarrollo Rural

(33) La figura contractual ya se apuntaba a estos efectos por la EFE (MINISTERIO DE MEDIO AMBIENTE 2000: 371 y 373).

(34) MINISTERIO DE MEDIO AMBIENTE (2000: 107).

(35) Aunque su planteamiento no citara ninguna finalidad compensatoria para los propietarios forestales, sino que debía nutrir el Fondo del art. 91 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible (LES). Denominado Fondo de Carbono para una Economía Sostenible (FES-CO₂), fue regulado por el Real Decreto 1494/2011, de 24 de octubre, y destinado a la adquisición de créditos de carbono (art. 4.1), se ha de financiar con los recursos públicos que anualmente se consignen en los Presupuestos Generales del Estado (art. 10.1) y con el producto derivado de la enajenación, en su caso, de los créditos de carbono adquiridos (art. 10.2). Por cierto, el citado art. 91 (LES) fue cuestionado en su constitucionalidad, y declarándose conforme a la Carta Magna por la STC 91/2017, de 6 de julio, Rec. de Inconstitucionalidad 6642/2011, Ponente: Excmo. Sr. D. Alfredo Melgar Montoya, al determinar la competencia estatal para su creación y para dictar normas que regulen la participación de las Comunidades Autónomas en el mismo (F.J. 9^o), como ha hecho el meritado Real Decreto 1494/2011.

(36) Así lo considera la Comunicación (COM (2012) 94 final) de la Comisión al Parlamento Europeo de 13 de marzo de 2012, sobre contabilidad del uso de la tierra, el cambio de uso de la tierra y la silvicultura (LULUCF, por su acrónimo inglés) en los compromisos climáticos de la UE. Lo que no es de extrañar, pues esta misma Comunicación determina que las medidas agrícolas deben restringirse a limitar la conversión de pastos en tierras agrícolas y las pérdidas de carbono en suelos orgánicos cultivados, así como, y es lo único relevante a los efectos que ahora nos interesan, la inclusión de la gestión de los pastos en el sistema de contabilidad (Apartado 3).

español, esencialmente lo vincula a la conservación de la diversidad genética de las especies forestales, y que se prefieren conceder ayudas destinadas a la prevención de daños a los bosques (37). La doctrina más autorizada (38) detecta la ausencia de posibilidades de recoger también acciones que puedan incluirse en los Planes de Desarrollo Rural que apliquen la PAC 2014-2020 como forma de financiación de los sumideros forestales.

No obstante la posible instauración de fondos nutridos mediante la aplicación de figuras impositivas, lo cierto es que sería más práctico, efectivo y menos gravoso para el erario público, permitir la obtención de un rendimiento económico como cualquier otro aprovechamiento, es decir, a través del mercado y de su oferta y demanda, evitando transformar el sector forestal en subsidiado. Dicho de otro modo, carece de sentido utilizar figuras impositivas en sustitución de los mecanismos de mercado (39), especialmente cuando éstos están por desarrollar. Los mecanismos de fomento, como serían los incentivos económicos que el propietario obtendría de ese fondo nutrido por impuestos, no están diseñados para desterrar las prácticas de mercado, ni para que dicho propietario obtenga una renta que debe de venir a través de la comercialización de sus derechos de captura y almacenamiento de carbono.

3. Breve cita a las soluciones adoptadas en el Derecho comparado

En el Derecho comparado existen conocidos sistemas de Pago por Servicios Ambientales (PSA), ya apuntados por la Resolución de Varsovia 2 de 2007 (apartado 26), consistentes en cobrar un servicio que realiza la Naturaleza a quienes se vean beneficiados por el mismo, invirtiendo los fondos obtenidos en los espacios prestadores de ese servicio. Pero en el caso de la captura de carbono nos enfrentamos ante dos problemas jurídicos: que se configura aquí como un servicio en abstracto y no como un aprovechamiento, aunque sea intangible, y la indefinición del sujeto beneficiario y, por tanto, pagador del precio. A los que hay que añadir otro de orden económico: los PSA no pueden competir con otras fuentes de rendimiento, como así se ha demostrado (40).

Por otro lado, en nuestro entorno ya se han dado algunos pasos para utilizar mecanismos fiscales en esta materia: en abril de 2010 el presidente de Francia Nicolas Sarkozy pidió el establecimiento de un arancel de carbono

(37) V.gr. la castellanoleonesa Orden FYM/609/2015, de 3 de julio, por el que se convocaron ayudas, cofinanciadas por el Fondo Europeo Agrícola de Desarrollo Rural (FEADER) destinadas a la prevención de daños a los bosques para el año 2015.

(38) RODRÍGUEZ-CHAVES MIMBRERO (2017: 467).

(39) Las ventajas de los mecanismos de mercado son expuestas por SANZ RUBIALES (2010: 36 y siguientes), estudio al que nos remitimos.

(40) Es el caso de Costa Rica, como lo han analizado FONSECA *et al.* (2012: 32).

a las importaciones procedentes de países que no se sumen al acuerdo internacional de lucha contra el cambio climático (41). Los ingresos procedentes de esta vía impositiva podrían, entre otros destinos, nutrir un fondo de compensación (42), cuya existencia ha sido ya propuesta doctrinalmente (43), y a cuya consecución material ya constan algunas iniciativas (44). En Estados Unidos en 1997 el Estado de Oregón promulgó una legislación pionera por la que se obligaba a que las nuevas centrales eléctricas compensasen parte de sus emisiones de CO₂ contribuyendo a un fondo finalista de mitigación del clima que se utilizaría, entre otras cosas, para la restauración forestal y la plantación de árboles, siendo administrado el fondo por una entidad sin fines lucrativos (45). Con fondos públicos se nutre el pago de los Certificados de Incentivo Forestal (CIF) colombianos, que son un reconocimiento del Estado a las externalidades positivas derivadas de la reforestación en tanto los beneficios ambientales y sociales generados son apropiados por el conjunto de la población. Se materializan en un documento, y da derecho a la persona beneficiaria a obtener directamente el momento de su presentación las sumas de

(41) ESTRADA LÓPEZ (2010: 18). Por otro lado, el reputado economista británico Nicholas Stern aboga por la implantación de un impuesto mundial sobre la emisión de carbono (CÁCERES 2011: 27).

(42) Que no habría que confundir con el Fondo de BioCarbono (BioCF), ya existente, que está gestionado por el Banco Mundial, y se financia de las participaciones voluntarias de los países que deseen colaborar, como España.

(43) ÁLVAREZ CABRERO (2010: 23).

(44) En el mes de diciembre de 2006 una iniciativa encabezada por el Ayuntamiento de Coca (Segovia), junto a la «Asociación de Propietarios Forestales de Soria» (ASFOSO), la «Asociación Forestal de León» (ASFOLE) y los Ayuntamientos de la comarca soriana de Pinares, se constituyó una plataforma para obtener una compensación económica por la función de captura de carbono que realizan los bosques, y más tarde se concretó en la creación en marzo de 2007 de la «Asociación Nacional para la Compensación de los Beneficios Ambientales de los Bosques». Es notorio que no se han alcanzado los resultados perseguidos, pero sus promotores eran conscientes de ello pues el Alcalde del Ayuntamiento de Coca reconocía que se trataba de «una propuesta bohemía» (CORRAL 2006: 13). A rebufo de estas iniciativas, se formula la Propuesta de Resolución de fecha 12 de agosto de 2009 del Grupo Parlamentario Socialista en las Cortes de Castilla y León (Boletín Oficial de las Cortes de Castilla y León (BOCCL) núm. 226, de 11 de septiembre de 2009, p. 15596) por la que se pretendía instar a la Junta de Castilla y León «(...) a crear un fondo de compensación para los propietarios forestales por los beneficios sociales que aportan sus montes a fin de que mantengan esas masas». Cabe destacar la motivación de esta propuesta por cuanto explica que se trata de «(...) compensar a los propietarios de los montes al ser éstos sumideros de CO₂ para que continúen con esta labor», y, esta función forestal «(...) no se reconoce (...) como un aprovechamiento más (...)». Paralelamente formuló la Propuesta de Resolución del Grupo Parlamentario Socialista en las Cortes de Castilla y León de 7 de julio de 2009 (PNL 904-I) (BOCCL núm. 223, de 7 de septiembre de 2009), que insistía en la creación de un fondo financiero para estos fines, pero concretando en que se debía de nutrir con la aportación de todas las Administraciones.

(45) TUTTLE Y ANDRASKO (2005: 45).

dinero previstas legalmente (46). En Costa Rica, el art. 22 de la calendada Ley Forestal núm. 7575 crea el Certificado para la Conservación del Bosque (CCB) como título normativo que podrá negociarse o utilizarse para pagar impuestos u otros tributos, con el propósito de retribuir al propietario o al poseedor por los servicios ambientales generados al conservar su bosque mientras no haya existido aprovechamiento maderable en los dos años anteriores a su solicitud ni durante su vigencia, no inferior a 20 años. Esta retribución se efectuará a cargo del Fondo Nacional de Financiamiento Forestal, con diferentes aportes esencialmente públicos (art. 47).

II. LA FUNCIÓN AMBIENTAL DE LOS BOSQUES COMO SUMIDEROS DE CARBONO (47), ESPECIALMENTE DESDE LA PERSPECTIVA DEL PROTOCOLO DE KYOTO

1. Puntualización terminológica previa: distinción conceptual entre monte y bosque

Con carácter previo, es preciso puntualizar que en este apartado utilizaremos el término bosque y no el de monte dado que nos referimos *strictu sensu* a la masa arbórea, es decir, sólo al monte arbolado. Las diferencias legales de significado entre ambos conceptos ya los hemos reflejado recientemente en otro estudio (48) y con la suficiente amplitud, remitiéndonos por tanto a esta publicación. No obstante, apuntaremos brevemente que bosque es una parte del monte, precisamente ésa en donde predominan ejemplares leñosos y espesura. De ahí que la definición positiva de bosque del art. 3.a) del Reglamento (CE) núm. 2152/2003, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de noviembre, sobre el seguimiento de los bosques y de las interacciones medioambientales a la Comunidad (*Forest Focus*), pivote sobre estos parámetros (49).

(46) Art. 1 y 3 de la colombiana Ley 139/1994, de 21 de junio, por la cual se crea el Certificado de Incentivo Forestal y se dictan otras disposiciones.

(47) Para ampliar más este tema es preciso acudir a SARASÍBAR IRIARTE (2007: 157 y siguientes).

(48) GARCÍA ASENSIO (2017: 49 a 56).

(49) Según este precepto se entiende por bosque las tierras con una cobertura de copas (o densidad de población equivalente) superior al 10% y una superficie superior a 0,5 hectáreas. Los árboles deberán poder alcanzar una altura mínima de 5 metros en su madurez *in situ*. Podrán consistir tanto en formaciones forestales cerradas, en las que árboles de diferentes estratos y sotobosque cubren una buena parte de la superficie, como en formaciones forestales abiertas, con una cobertura vegetal continua en la que la cobertura de copas es superior al 10%. Se consideran bosque las poblaciones naturales jóvenes y todas las plantaciones realizadas para fines forestales que estén por alcanzar una densidad de copas del 10% o una altura de 5 metros, así como las superficies que normalmente forman parte de la zona boscosa pero que carecen temporalmente de población forestal como resultado de la intervención humana

En cambio, monte es un término con un sentido mucho más amplio que el de bosque, pues ex. art. 5.1 (LM) abarca, además, las superficies arboladas no encajables en el concepto de bosque, las arbustivas, los yermos, roquedales y arenales, entre otras.

2. Exposición histórico-jurídica de los bosques como sumideros de carbono

Se sabe desde el siglo XIX, si no antes (50), de las bondades de los bosques y de su influencia benéfica en el clima (51), consecuencia lógica del

o de causas naturales, pero que se espera vuelvan a convertirse en bosque. La definición de bosque incluye los viveros forestales y los huertos semilleros que constituyan parte integral del bosque; los caminos forestales, las zonas desbrozadas, los cortafuegos y otras áreas abiertas de superficie reducida dentro del bosque; los bosques de los parques nacionales, reservas naturales y otras zonas protegidas, como las de especial interés medioambiental, científico, histórico, cultural o espiritual; los cortavientos y las cortinas rompeviento de árboles con una superficie superior a 0,5 hectáreas y una anchura superior a 20 metros; las plantaciones de caucho y los rodales de alcornoques. De la definición de bosque se excluyen, no obstante, las tierras utilizadas predominantemente para fines agrícolas. En la misma línea, aunque más simplificada, la definición contenida en el art. 1.º del Reglamento (UE) núm. 1305/2013, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de diciembre, pero aclarando que cada Estado miembro o región podrá aplicar un concepto de bosque distinto al expuesto basado en el Derecho nacional (art. 1.2), lo que permite evitar colisiones normativas innecesarias, como pudiera ser con el término monte del Derecho nacional español.

(50) ARAGÓN RUANO (2009: 75) cuenta que el licenciado José Beltrán de Arnedo aseguraba hacia 1662 la creencia de «(...) que las herrerías se an dejado por falta de agua no tiene fundamento, la falta de montes lo caussa todo porque la experiencia a enseñado que la montaña poblada de montes da agua y en cortandose se seca porque el sol consume los minerales del agua y no lo hiciera si estubiesen defendidos con arboles y la oja que cae de ellos, lo peor es que las herrerías que se hicieron para que mirasen por los montes se an convertido en casas de ganado que los destruyen (...)». PONZ (1787: XXVII) ya exponía que «Ya es cosa sentada entre los Físicos, que los árboles (...) chupan todo efluvio pútrido introducido en el ayre, y que por consiguiente lo purifican», y De la Croix en 1800 hacía otro tanto: «La aniquilación total de los bosques, y aun su disminución excesiva puede pues ocasionar grandes variaciones en los climas y estaciones relativamente á una determinada provincia. Siempre serán más fértiles, más feraces, aquéllas en que mas abunden los arbolados, al paso que las que carezcan de ellos padecerán frecuentes sequedades que destruirán muchas veces las mas lisongeras esperanzas de una cosecha muy adelantada. Buelvase la vista ácia nuestra Mancha, y se verán repetidos los efectos de esta verdad. Si se poblase de árboles una gran parte de sus llanuras atraerían estos las aguas evaporadas convirtiéndolas en rocíos y lluvias» (CARDELS I ROMERO 2000: 685).

(51) «En Ejea y en Tauste notan ya los resultados producidos por la destrucción de los montes de Biel y Luesia en que tienen su nacimiento los dos ríos Arba. Desde que el arbolado se destruye y el arado ha penetrado en las regiones montuosas (...) experimentase más falta de aguas en los mencionados ríos durante la estación de verano; las fuentes, unas se han secado y otras tienen menos caudal de aguas, y las sequías, por falta de lluvias periódicas, son muy frecuentes» (BRAGAT 1879: 12).

avance del estado de la ciencia. Precisamente por ello, la doctrina española, ya en la segunda mitad del siglo XIX, venía quejándose de su falta de consideración en las leyes forestales: «A las Cortes (...). Cuestión grave es la de montes. La influencia evidente de los mismos, aunque no aun bien deslindada, sobre el clima; su acción protectora en las cordilleras contra la fuerza corrosiva de las aguas; su influjo sobre la distribución de las corrientes superficiales y subterráneas, son datos que deben tenerse muy en cuenta antes de legislar sobre un asunto que alcanza á las condiciones climatológicas y meteorológicas de un país» (52). O bien «Compárense los territorios donde los montes se conservan bien poblados con aquellos en que se han talado y se observará fácilmente el contraste, pues donde esto último ha sucedido sólo se ven cerros pelados cuya perspectiva hace decaer el ánimo: los manantiales y los arroyos, que en otro tiempo refrescaban la atmósfera y llevaban la riqueza al labrador se han secado» (53). Aunque tardíamente, esta idea caló por fin en el legislador, señalando el siguiente botón de muestra: «(...) considerándolos [a los montes] como agentes de gran importancia en el régimen de las lluvias, como defensa contra los rigores del clima y como beneficiosos para las condiciones higiénicas del país (...). Está reconocido que las grandes masas arbóreas contribuyen poderosamente á templar los rigores del clima, disminuyendo los cambios bruscos de temperatura, regularizando las emisiones del vapor acuoso, contrarrestando el empuje de los vientos y el ímpetu de las aguas torrenciales, así como también á mejorar las condiciones higiénicas, purificando el ambiente y aumentando los elementos vitales de la atmósfera» (54). Lo mismo en las sucesivas leyes de carácter ambiental, como el art. 1.3 (Ley 38/1972, de 22 de diciembre, de Protección del Ambiente Atmosférico, LPAA): «Dentro de sus

(52) Carta fechada el 21 de diciembre de 1872 dirigida por la Junta Directiva de la asociación de agricultores, industriales, artistas y comerciantes de Barcelona «El Fomento de la Producción Nacional» a las Cortes para que no se aprobase el proyecto de ley de montes (GARCÍA MARTINO 1873: 236). Este autor reflexionaba: «¿Qué criterio ha presidido á la determinación de estas reglas [las de las excepciones a la desamortización]? ¿Se ha tenido en cuenta la influencia física que ejercen las masas montuosas, como parece desprenderse de algunas consideraciones del preámbulo que encabeza el proyecto de ley? Entonces ¿Por qué no se incluyen en la excepción los enebrales de los altos páramos de Castilla que disminuyen la velocidad de los vientos y los efectos de la denudación, los sabinars de la serranía de Cuenca, los castañares de los sistemas carpetano y cantábrico, los abedulares de los valles del alto Aragón y Lozoya, y sobre todo, los encinares de las sierras de Oca, Moncayo y montes de Toledo, que tan directamente obran sobre la distribución de las aguas, la sujeción de las tierras y los diversos factores del clima?» (p. 42).

(53) REDACCIÓN DE EL CONSULTOR DE LOS AYUNTAMIENTOS (1884: 72).

(54) Exposición de Motivos de la Real Orden de 24 de noviembre de 1882, dictando disposiciones para la mejora, fomento y plantaciones en los montes de la provincia de Madrid (Gaceta núm. 330, de 26 de noviembre de 1882). Resulta llamativo que en esta norma se confesara su intención de modificar el clima de la ciudad de Madrid mediante repoblaciones forestales en la Sierra de Guadarrama.

respectivas competencias, la Administración del Estado y las Corporaciones locales adoptarán (...) cuantas medidas sean necesarias para mantener la calidad y pureza del aire, y en especial la conservación y creación de masas forestales y espacios verdes (...)».

Es decir, ni el estado de la ciencia ni el legislador han dudado nunca de la influencia de los bosques en el clima. Ni, lógicamente, de que capturaban carbono a través de la fotosíntesis (55), lo que se conoce desde el siglo XVIII. El problema surge a partir de la Revolución Industrial y el uso de combustibles fósiles y sus masivas emisiones de carbono a la atmósfera. Al detectarse cambios climáticos, más exactamente un calentamiento global (56), se apuntó a principios de la década de los ochenta del pasado siglo que el origen del mismo era antrópico, a pesar de la variabilidad climática natural, y, por tanto, ser cíclica la existencia de periodos históricos en que las temperaturas fluctuaban sin intervención humana (57). No vamos a analizar aquí,

(55) Según el Plan Forestal Español (PFE), «*La base de la vida vegetal es la fotosíntesis, proceso que consiste, en términos sencillos, en la captación de CO₂ de la atmósfera o disuelto en el agua para construir pequeñas moléculas de azúcares con el aporte de la energía solar. Ésta es la base de la vida en la Tierra*».

(56) La radiación solar visible, de baja longitud de onda, atraviesa la atmósfera y calienta la superficie de la Tierra. Ésta, a su vez, emite radiación térmica, de alta longitud de onda, parte de la cual es retenida por los GEIs. La concentración de éstos en la atmósfera puede modificar las temperaturas globales del planeta, lo que implica que un aumento en la cantidad de GEIs provocará un aumento en la temperatura global (PECE *et al.* sin fecha: 2).

(57) Siempre se cita, a estos efectos, el periodo conocido como Pequeña Edad del Hielo, entre 1300 y 1850. Y es que la temperatura media del planeta se ha mantenido entre los 9 °C durante algunas glaciaciones y los 22 °C que se alcanzaron en el periodo Cretácico, manteniéndose la Tierra en periodos glaciares durante el 80%, y en periodos interglaciares el 20% restante (RIBÓN SÁNCHEZ 2009: 26 y 123). FAGAN (2009: 350 pp.) ha estudiado cómo influyó los sucesivos cambios climáticos en el apogeo y caída de las civilizaciones (v. gr., la maya o los mongoles), así como ha documentado convincentemente el denominado «Periodo Cálido Medieval», en el que hasta en Inglaterra se plantaron vides y se llegó a exportar vino. En resumen, las acertadas palabras de MARTÍNEZ-ABRAÍN (2008: 7): «*Casi se diría que, vistas con perspectiva, las subidas y bajadas de temperatura [en el Holoceno], en periodos de varios siglos de duración, son más la norma que la excepción. Las últimas anomalías fueron el óptimo climático medieval, que duró desde el siglo IX al XIII, y el posterior enfriamiento conocido como Pequeña Edad del Hielo, que se extendió desde el siglo XIV a mediados del XIX. Todos los neveros naturales que ahora se derriten en nuestras montañas, con el actual calentamiento (...) se formaron durante ese periodo frío y no son, por tanto, reliquias de la última glaciación cuaternaria que asolara gran parte del hemisferio norte durante casi 100.000 años. El caso es que las anomalías del Holoceno duran sólo unos cientos de años y bien pudieron actuar como pistas falsas de cambio climático a largo plazo*». En tiempos prehistóricos también existieron no sólo fluctuaciones sino periodos en que el carbono produjo, por causas naturales, cambios climáticos de increíble envergadura, como durante el Máximo Térmico del Paleoceno-Eoceno, cuando una cantidad de carbono equivalente a todas las reservas actuales de carbón, petróleo y gas natural del mundo pasó a la atmósfera, alterando el clima terrestre (KUNZIG 2012: 6).

por razones obvias, la realidad o no de la influencia del hombre en el clima global a causa de las emisiones de dióxido de carbono a la atmósfera y su efecto invernadero, por tratarse de cuestiones de orden técnico (58). Sólo nos vamos a limitar a exponer que existen dos posturas encontradas, los llamados *exageradores* y los *negacionistas*, partidarios cada uno de extremos contrapuestos (59). En general puede constatarse que, con significativos precedentes en nuestra historia contemporánea (60), nuestro ordenamiento jurídico ha sido

(58) La doctrina es abundante en descripciones de sus efectos. Por ejemplo, el impacto en los ecosistemas y sus elementos: «*Condiciones meteorológicas extremas ocurrirán con más frecuencia. Sucesos extremos, como por ejemplo una primavera fría con mucha lluvia o largas temporadas de calor en verano pueden ocasionar una elevada mortalidad o una fracasada reproducción. En consecuencia, los tamaños de las poblaciones muestran altibajos más pronunciados, y aumenta la probabilidad de extinción (...). Cuando aumenta la frecuencia de las alteraciones, esto puede causar la pérdida de especies*» (Vos et al. 2006: 7), traducido al español por TROUWBORST (2011: 6). Localmente en España podemos citar, como botón de muestra, a ALMODÓVAR et al (2012: 1549-1560), quienes calculan que la trucha común (*Salmo trutta fario*) habrá desaparecido en la Península Ibérica hacia 2100 debido al calentamiento global; a BÜNTGEN et al. (2015: 12 a 14), quienes sostienen que el declive en la producción micológica se debe al cambio climático; o a AYALA-CARCEDO (2002: 6), quien calcula que, debido al cambio climático, en la España peninsular se producirá una reducción media de recursos hídricos del 17%. Más general, el Plan Nacional de Adaptación al Cambio Climático (PNACC), en su primer programa de trabajo, habla de que «*Los escenarios de cambio climático para la Península Ibérica proyectan sustanciales cambios en factores que son limitantes para el medio natural, como las precipitaciones o las temperaturas máximas (...)*» (apartado 3.3). Aunque este documento, en su segundo programa de trabajo, no es muy optimista, por cuanto como horizonte de resultados prevé la selección de especies forestales «*adaptadas a las condiciones climáticas futuras*» (apartado 3.8), dando por hecho la ineficacia de las medidas a adoptar, aunque guarda una lógica interna pues afirma que «*La fisiología de las especies forestales puede verse profundamente afectada*» (apartado 4.3), en un tono y contexto un tanto catastrófico.

(59) Es la opinión de Richard A. Muller, doctor en Física por la Universidad de Berkeley, expuesta por FRESNEDA (2011: 22 y 23), quien se sitúa en un punto intermedio: «*Estoy seguro de que ha existido un calentamiento global, pero la pregunta que sigue en el aire es cuánto ha contribuido la acción del hombre*». Pueden parecer términos exagerados referidos a posturas extremas, pero lo cierto es que el debate se ha politizado (ALCALDE 2007: 9, 187 y 188) y hay quien lo califica ya como «*un deporte de contacto*» (HERRANDO PÉREZ (2012: 54), citando a S.H. SCHNEIDER (2009)).

(60) No debe perderse de vista que el clima ha sido instrumentalizado ya en anteriores ocasiones en asuntos de índole política y de gestión en España. Así, durante la desamortización se pretendió pararla o limitarla por razones climáticas. Como ejemplo, la Junta Facultativa del Cuerpo de Ingenieros de Montes en Dictamen de 8 de octubre de 1855 describía la influencia de los montes sobre el clima: «*las grandes masas arbóreas modifican la temperatura del ambiente, la dirección de los vientos, la cantidad y distribución de los hidrometeoros, los elementos que constituyen la corteza del globo, la distribución de las especies zoológicas y botánicas, la vida de las plantas cultivadas, y por esto se dice, con razón, que la falta de los montes causa perturbaciones en los climas*», opinión que sirvió precisamente para que en las Cortes el problema de la desamortización forestal se resolviera desde una óptica científica,

receptivo a considerar relevante la influencia humana en el clima, y, por tanto, es la que ha tendido a informar abrumadoramente no sólo las declaraciones políticas (61) sino la legislación actualmente vigente sobre la materia (62).

no económica (CALVO SÁNCHEZ 2001: 80 y 226) como se encargó de resaltar la comisión encargada del dictamen sobre el proyecto de ley para la desamortización general de los bienes de manos muertas: «*Los montes y bosques, por ejemplo, necesarios, no solo para surtir de maderas á nuestros arsenales y de combustible al consumo y á la industria, sino para dar á la atmósfera las condiciones de vida y salubridad indispensables á la tierra, al reino vegetal, á los animales y al hombre, no es posible confiarlos todos al interés individual, que se deja dominar demasiado por las necesidades presentes, para atender como conviene á las de lo futuro*» (JORDANA 1870: 257). De hecho, ésta fue la postura general del cuerpo de esos ingenieros en el siglo XIX (IRIARTE GOÑI 2009: 139).

(61) V.gr. el G-20, en su Declaración de Washington de 15 de noviembre de 2008, en su apartado 15º afirmaba que «*Mantenemos el compromiso para afrontar otros desafíos críticos como (...) el cambio climático (...), la lucha contra el terrorismo, la pobreza y las enfermedades*». Llama la atención que se pongan al mismo nivel estos problemas.

(62) Siguiendo el camino marcado por la UE en diversos documentos, desde la Resolución del Consejo de 16 de diciembre de 1998 sobre una Estrategia Forestal para la UE hasta el Informe sobre la ejecución de una estrategia forestal para la UE (2005/2054 (INI)) del Parlamento Europeo, en cuyo Aspecto General 20º se consideraba fundamental el reconocimiento de la importancia de los bosques y los productos forestales en la mitigación del cambio climático, en España el punto de partida más significativo en la legislación sectorial forestal, con permiso del art. 65.2.b) (LM) (ya que sólo se refería a la función de sumidero como un factor para percibir incentivos económicos, y no como un principio informador del Derecho Forestal) y de la Disposición Adicional 7ª (LM) (pues sólo ordena la realización de un estudio de adaptación al cambio climático), fue la introducción del apartado k) del art. 6 (LM), efectuada por la Ley 10/2006, de 28 de abril, al alojar el siguiente principio informador: «*Adaptación de los montes al Cambio Climático, fomentando una gestión encaminada a la resiliencia y resistencia de los montes al mismo*» (respecto del alcance e importancia de este principio, es imprescindible remitirse a SARASÍBAR IRIARTE (2007: 174 y 175)). Resulta curioso cuando menos que no todas las leyes forestales de las Comunidades Autónomas dictadas con posterioridad a esa modificación han recogido este principio. A modo de ejemplo, la Ley 3/2009, de 6 de abril, de Montes de Castilla y León (LMCYL) no lo contempla ni tampoco otro equivalente (a pesar de que en su Exposición de Motivos se cite «*el efecto sumidero de anhídrico carbónico*» como un concepto novedoso, pero que no encuentra traslación en el texto articulado, como hubiera sido deseable desde un punto de vista práctico), mientras que la Ley 7/2012, de 28 de junio, de Montes de Galicia (LMG), tres años después, lo reproduce tal cual en su art. 3.l), con una sola alteración, a la vez significativa y acertada: mientras que la norma estatal pone las mayúsculas al Cambio Climático, como queriendo darle importancia, la norma gallega lo pone con minúscula, más acertadamente con la gramática y quizás al interiorizar con más normalidad su existencia, alejado de maximalismos de uno u otro signo. De hecho, en su Exposición de Motivos reza con naturalidad que «*(...) los bosques aparecen como un elemento básico de la estrategia ambiental como reservorios y depósitos de fijación de carbono, llegando a fijar hoy más de 42 millones de toneladas, y convirtiéndose en pilares fundamentales para el cumplimiento de los compromisos adquiridos en el protocolo de Kyoto*». Por ello, y en lógica consecuencia, uno de los objetivos de la LGM es «*La adecuación de la política forestal gallega a los objetivos de la acción internacional sobre protección del medio ambiente, especialmente en materia de cambio climático y biodiversidad*» (art. 6.11 LMG), correlativo del art. 3.g) (LM).

Postura, por cierto, impermeable a las críticas que ha recibido sobre su posible falta de fundamento científico (63) y sobre cierto milenarismo apocalíptico (64) de corte anatemizante, al acusársele de que no admite cuestionamientos (65). En todo caso, los informes del Panel Internacional de Prevención del Cambio Climático (IPCC) (66) para los cuales «*el calentamiento del sistema climático es inequívoco*» (67) y que es debido en un 95 por 100 a la acción humana (68),

(63) RIBÓN SÁNCHEZ (2009: 116) afirma que las predicciones meteorológicas para dentro de cien años que efectúa el IPCC no son fiables «[...] cuando estamos viendo la frecuencia con que las que se hacen a dos días incurren en errores». Para LOMBORG (2003: 369) «[...] aunque no cabe duda de que en el último siglo las temperaturas han sido más altas que en siglos anteriores, no se puede tomar como indicador de un abrumador calentamiento global, ya que además estamos saliendo de una Pequeña Era Glacial. Los juicios sobre el clima a partir de unas supuestas temperaturas máximas de los últimos mil años parecen como mínimo poco fiables, ya que se ignoran las temperaturas de los océanos, las temperaturas nocturnas, y los registros termométricos de los inviernos son meras suposiciones y basados únicamente en Norteamérica [...]». ALCALDE (2007: 88) reproduce las siguientes palabras del entonces primer ministro británico Tony Blair en la reunión de Davos de 2005: «*Así que sería cierto reconocer que la evidencia sobre el calentamiento global antropogénico está todavía en discusión. Sería incorrecto decir que la evidencia de un peligro no está clara y persuasivamente expresada por un número grande de voces independientes y autorizadas. Son la mayoría. La mayoría no siempre tiene razón, pero merece ser escuchada*». Por último, FONT TULLOT (1998: 13 y 14), tras criticar la imagen que asocia el CO₂ a los verdaderos contaminantes, que adjetiva de falaz, concluye que «*Además, en cualquier caso, aunque las emisiones siguiesen creciendo de forma incontrolada, el calentamiento tendría un límite, alcanzado el cual la temperatura media global se mantendría constante, independientemente de cualquier aumento posterior en las concentraciones de gases de efecto invernadero. Dado que el calentamiento producido por el efecto invernadero se debe a la absorción por la atmósfera de la radiación infrarroja emitida por la superficie terrestre, el recalentamiento cesaría cuando no hubiese más radiación por absorber*».

(64) Un resumen de los desastres previstos en un hipotético escenario de cambio climático futuro nos lo ofrece AYESTARÁN ÚRIZ (2004: 130 a 132).

(65) RIBÓN SÁNCHEZ (2009: 115 y siguientes). ALCALDE (2007: 187 y 188) habla de «*cruzada*», y de «*superioridad moral*» y de funcionar «*como una suerte de religión*». LARA GONZÁLEZ (2010: 34 pp.) lo tacha de «*fundamentalismo apocalíptico*», creencia, dramatizada y polarizante, e, incluso, se extraña que se legisle sobre el fenómeno.

(66) La función fundamental de este órgano es evaluar la información científica, técnica y socioeconómica relevante para la comprensión de las causas y efectos del cambio climático, así como de las alternativas para la lucha frente a ellos, para lo cual emite informes de evaluación aproximadamente cada cinco años (AYESTARÁN ÚRIZ 2004: 114 y 115). Nació en 1988 ante los informes contrapuestos que emitían la Organización Mundial de Meteorología (OMM) y el Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA), y como Agencia especializada de Naciones Unidas (RUBIO DE URQUÍA 2005: 16). El primer informe del IPCC se publicó en 1990, y con cada uno se anexa un *Summary for Policymakers* (resumen para políticos) de las conclusiones científicas (ALCALDE 2007: 139).

(67) KUNZIG (2008: 23). Por contra, ALCALDE (2007: 84 a 87, 139 a 145 y 159 a 165) recoge diversas opiniones críticas con las conclusiones del IPCC.

(68) Quinto Informe del IPCC sobre impactos, adaptación y vulnerabilidad del cambio climático (2014) (SARASÍBAR IRIARTE 2016: 891).

son la base para la mayoría de las políticas públicas sobre el cambio climático (69), por lo que la normativa emanada sobre este tema se ajusta a sus contenidos e indicaciones, y a ella debemos estar. Aún más si cabe tras la última doctrina de nuestro Tribunal Constitucional, quien en Sentencia núm. 165/2016, de 6 de octubre, rec. de inconstitucionalidad núm. 1870/2011, ya deja claro que la normativa española y europea persigue «*la conveniencia de reducir rápidamente el volumen de gases de efecto invernadero emitidos a la atmósfera (...)*» (F.D. 2º), y que su objetivo último «*(...) consistente en evitar que las actividades humanas perjudiquen de modo irreversible el clima de nuestro planeta, cada una de ellas se despliega en campos distintos con finalidades diversas (...)*» (F.D. 7º).

Ante esta situación, los montes aparecen como parte de la solución (70), dada su capacidad para capturar el dióxido de carbono y transformar el carbono del CO₂ de la atmósfera en biomasa viva, lo que le ha valido que, por un lado, la normativa los considere como infraestructura verde para mitigar el cambio climático (71), y, por otro, la doctrina haya considerado que cumplen con una función ambiental, más concretamente la función de sumidero

(69) LOMBORG (2003: 365). Ejemplo de ello es nuestra Estrategia Española de Cambio Climático y Energía Limpia (EECC), aprobada por el Consejo de Ministros de 2 de noviembre de 2007, cuando fija como su punto de partida que «*El cambio climático es una de las principales amenazas para el desarrollo sostenible, representa uno de los principales retos ambientales con efectos sobre la economía global, la salud y el bienestar social. Sus impactos los sufrirán aún con mayor intensidad las futuras generaciones. Por ello, es necesario actuar desde este momento y reducir las emisiones mientras que a su vez buscamos formas para adaptarnos a los impactos del cambio climático. Según el Grupo Intergubernamental de Expertos de Cambio Climático (...), el calentamiento global es inequívoco y se atribuye a la acción del hombre con una certidumbre superior al noventa por ciento*» (p. 1).

(70) Se ha escrito mucho sobre esta capacidad de los bosques pero tampoco hay que mitificarla: las praderas submarinas (v.gr., de *Posidonia oceanica*) les superan: «*Un bosque tropical tiene la capacidad de almacenar, de media, cerca de trescientas toneladas de carbono por hectárea. Las praderas submarinas pueden enterrar más de ochocientas toneladas por hectárea en el suelo que albergan debajo*» (DEPARTAMENTO DE COMUNICACIÓN DEL CSIC 2012: 12). Y dentro de los bosques, el tan atípico y poco español manglar es considerado más eficiente a la hora de secuestrar carbono que los bosques templados y tropicales. En general debe tenerse en cuenta que, de los principales reservorios de carbono en nuestro planeta (que, conforme el Apartado 3.15 del Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre «*El cambio climático y la agricultura en Europa*», de noviembre de 2008, las seis grandes reservas de carbono son los yacimientos de petróleo, de carbón y de gas, la biomasa en superficie, el carbono almacenado en los suelos y el océano), el biótico (donde se encuadrarían los bosques) sólo alcanza 560 Pg, en comparación con el oceánico (38.000 Pg), el geológico (5.000 Pg) y el edáfico (2.500 Pg). Incluso hay quien cuestiona la propia eficiencia de los sumideros de carbono en la mitigación de los efectos del cambio climático (ROSAS 2002: 2).

(71) Art. 3.1) (LM), introducido mediante la reforma operada por la Ley 21/2015, de 20 de julio.

de carbono (72), hasta el punto de considerar al sector forestal como el «(...) *más definitivo e influyente en el cambio climático (...)*» (73). Aunque durante la Primera Conferencia Mundial sobre el Clima de 1979 se reconoció al cambio climático como un grave problema, no es hasta el año 1988 cuando, en Toronto (Canadá), se celebró la Conferencia sobre Cambios en la Atmósfera, y se debatió sobre un posible cambio climático antropogénico, alcanzándose un compromiso de reducción de emisiones de CO₂ un 20 por 100 antes de 2005, conociéndose tal compromiso como «Objetivo Toronto» (74). También en 1988, y a instancia de la ONU, se funda el IPCC, referencia mundial en la materia. A resultas de su primer informe, de 1990, se negoció y se firmó en Río de Janeiro el Convenio Marco sobre Cambio Climático de la ONU en el año 1992 (75). Además de definir qué se entiende por cambio climático, esencialmente achacable a factores antropogénicos (76), es el primer cuerpo legal que reconoce a los bosques como sumideros de carbono a efectos de la lucha contra el cambio climático, pues contempla el compromiso de «*Promover la gestión sostenible y promover y apoyar con su cooperación la conservación y el reforzamiento, según proceda, de los sumideros (77) y depósitos de todos los gases de efecto invernadero no controlados por el Protocolo de Montreal, inclusive la biomasa, los bosques y los océanos, así como otros ecosistemas terrestres, costeros y marítimos*» (apartado d) del art. 4.1 CMCC). Es decir, la normativa moderna adquiere conciencia de la función e importancia de los bosques como sumideros de carbono, y ello va a tener una especial consecuencia práctica a partir de entonces, sobre todo a largo plazo. De hecho, en el propio CMCC ya se insta a realizar inventarios nacionales de sumideros (78) y a mejorarlos (79), y aunque en ese momento no se tradujo

(72) SARASÍBAR IRIARTE (2007: 169), siguiendo con ello la línea marcada desde 2002 por el PFE. Aunque de seguir la terminología y tipificación del proceso del PK, habría que añadir la función de reservorios de carbono, que luego analizaremos. Por sumidero se entiende cualquier proceso, actividad o mecanismo que absorbe de la atmósfera un GEI (CMCC).

(73) SARASÍBAR IRIARTE (2004: 225).

(74) RIBÓN SÁNCHEZ (2009: 111).

(75) Para MARTÍN BERNAL (2005: 171 y 172) la Conferencia por la que se suscribió este Convenio nació como resultado de la superación del Informe Brundtland.

(76) «(...) *un cambio de clima atribuido directa o indirectamente a la actividad humana que altera la composición de la atmósfera mundial y que se suma a la variabilidad natural del clima observada durante periodos de tiempo comparables*» (art. 1.2 CMCC). Se trata de una definición ponderada, pues reconoce el origen múltiple del fenómeno, sin descartar la propia naturaleza voluble del clima.

(77) El art. 1.8 (CMCC) conceptúa sumidero como «(...) *cualquier proceso, actividad o mecanismo que absorbe un gas de efecto invernadero, un aerosol o un precursor de un gas de efecto invernadero de la atmósfera*».

(78) Apartado a) del art. 4.1 (CMCC).

(79) Apartado a) del art. 4.2 (CMCC).

en ninguna medida concreta y práctica, lo cierto es que sí tuvo trascendencia en textos posteriores.

3. Análisis crítico de la normativa emanada dentro del sistema del Protocolo de Kyoto en relación con la función de sumidero de los bosques

Pero el verdadero punto de inflexión se produjo en 1997 con el celeberrimo Protocolo de Kyoto de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (en adelante, PK), compromiso jurídicamente vinculante (80), pues, primeramente, obliga a los países miembros a elaborar y aplicar políticas y medidas de protección y mejora de sumideros y depósitos de los gases de efecto invernadero, así como la «(...) *promoción de prácticas sostenibles de gestión forestal, la forestación y la reforestación*» (81). Es decir, se supera la postura del CMCC, en cierta manera pasiva, y se insta a los Estados signatarios, por vez primera, a acordar medidas de orden práctico a través de la silvicultura (82). Y aunque no se concreten las mismas, lo que podría interpretarse como una debilidad del Protocolo, lo cierto es que ya se indica que han de ser «*de conformidad con sus circunstancias nacionales*». No se trata de una condición baladí, ni elusiva de la real aplicación del precepto, pues la aplicación de la silvicultura va a depender del tipo de bosque, especie forestal y demás especificidades particulares de la zona o región concreta de que se trate. Este apoyo en la silvicultura para fomentar los sumideros se aprecia a la hora de exigir la formulación y aplicación de programas nacionales que contengan medidas para mitigar el cambio climático en base, entre otros sectores, a la silvicultura (83). Y también, en un aspecto más importante de lo que en apariencia pueda aparecer, es que sus efectos van a servir para calcular el cumplimiento de los compromisos de cada Estado firmante derivados del PK, eso sí, bajo los principios de transparencia y verificabilidad (84). Pues en virtud del art. 3.4 (PK) los países desarrollados pueden optar por incluir en sus inventarios nacionales de GEIs los efectos de esta ordenación forestal (85).

(80) Como así lo reconoce el PFE, p. 45. Fue aprobado por la UE mediante Decisión del Consejo 2002/358/CE, de 25 de abril, y por España mediante el Instrumento de Ratificación de 10 de mayo de 2002 publicado en el BOE núm. 33, de 8 de febrero de 2005.

(81) Apartado ii) del art. 1.2.a) (PK).

(82) Como se ha venido afirmando, «*Cambio climático y silvicultura son dos conceptos intrínsecamente relacionados*» (ANÓNIMO 2011: 20).

(83) Apartado i) del art. 10.b) (PK).

(84) Art. 3.3 y 3.4 (PK).

(85) Lo que, según entendió la doctrina, despertó un interés muy elevado, al entenderse que se abría un enorme abanico de alternativas para incrementar la fijación de carbono mediante la gestión forestal (GUTIÉRREZ DEL OLMO y PICOS MARTÍN 2004: 45).

Así, los créditos de carbono generados ayudan a los países a cumplir con sus compromisos derivados del PK (86), con el límite del 2 por 100 de las emisiones del año base por actividad de uso de la silvicultura, para lo que propone, entre otras medidas, el aumento de la superficie forestal, la restauración de la cubierta vegetal y potenciar la gestión forestal sostenible previsto en la EECC. Para ello cada país deberá calcular las emisiones y absorciones netas de GEIs desde 1990 que ocurran durante el primer periodo de compromiso del PK (de 2008 a 2012) e incorporarlas a su contabilidad en emisiones netas de GEIs, es decir, los efectos sobre el CO₂ de la deforestación, la forestación y la reforestación deben tenerse en cuenta en el balance nacional de GEIs. Eso sí, todo esto es optativo, por lo que antes de finales de 2006 cada país tuvo que decidir la inclusión en su contabilidad nacional de las absorciones o emisiones de GEIs en relación con la ordenación forestal (87), a lo que España procedió mediante la Comunicación a la Secretaría del CMCC «*Inventario de emisiones de gases de efecto invernadero de España años 1990-2004*» de mayo de 2006, eligiendo de entre las actividades posibles del citado art. 3.4 (PK) precisamente el de la gestión de bosques y la gestión de tierras agrícolas (y desechando la de gestión de pastos y la del restablecimiento de la vegetación). Esta opción, que supone una manera relativamente barata de obtener créditos de carbono, entraña un riesgo: también hay que contabilizar los efectos de la ordenación forestal en el actual y en los siguientes periodos de compromiso. Es decir, si los montes ordenados llegaran a ser emisores de CO₂ (v.gr., por un incendio, aunque lo fuera por causas naturales) en lugar de reservorios o sumideros, España deberá de declarar un débito de carbono en lugar de un crédito en su contabilidad nacional de gases de efecto de invernadero (88). A lo que hay que añadir que ello se ha hecho con un fin poco ambiental y confesable: evitar medidas para reducir emisiones y que éstas sean menos costosas, algo importante en España, país incumplidor de los límites de emisión de GEIs.

El PK dejó abiertas, por tanto, dos vías de actuación forestal a nivel nacional. La primera es el fomento de la función ambiental de los bosques como sumideros de carbono a través de la silvicultura (89), y que se canaliza mediante tres acciones: la forestación (90), la reforestación y la

(86) KÁGI y SCHMIDTKE (2005: 35).

(87) SCHOENE y NETTO (2005: 6).

(88) KÁGI y SCHMIDTKE (2005: 36).

(89) En este sentido, GUTIÉRREZ DEL OLMO y PICOS MARTÍN (2004: 4) explican que todas las labores silvícolas que supongan regeneración llevarán aparejadas una adición en la fijación de carbono. También las labores de prevención de incendios pues evitan la devolución del carbono a la atmósfera por combustión. Por último, una correcta ordenación es un factor clave para desarrollar el potencial de una determinada masa forestal.

(90) «*La forestación de terrenos desarbolados supone, sin lugar a dudas, un incremento de la capacidad de fijación del ecosistema en el que se actúa. La acumulación, de hecho, se*

gestión forestal. Conforme el art. 6.d) (LM) por silvicultura ha de entenderse el «conjunto de técnicas que tratan de la conservación, mejora, aprovechamiento y regeneración o, en su caso, restauración, de las masas forestales», pudiendo apreciarse sin dificultad que en esta definición se integran esas tres acciones contenidas en el PK. Quizás por ello no sea tanta casualidad que el propio art. 6 (LM) se detenga a definir las mismas: forestación es la «re población, mediante siembra o plantación, de un terreno que era agrícola o estaba dedicado a otros usos no forestales» (letra g) (91), reforestación es la «reintroducción de especies forestales, mediante siembra o plantación, en terrenos que estuvieron poblados forestalmente hasta épocas recientes, pero que quedaron rasos a causa de talas, incendios, vendavales, plagas, enfermedades u otros motivos» (92) (letra h), y la gestión forestal es «el conjunto de actividades de índole técnica y material relativas a la conservación, mejora y aprovechamiento del monte» (letra c). Aunque tanto reforestación como forestación coinciden en ser repoblaciones forestales al introducir especies forestales (93) en un terreno mediante siembra o plantación se distinguen en que la segunda se produce en terrenos no forestales, mientras que la primera tiene lugar en montes objeto de aprovechamiento en orden a restaurar su cubierta arbórea. En definitiva, al forestar se crea el bosque, y al reforestar se prolonga su existencia. Estas cuestiones aparecen más claras en las definiciones aportadas por la Decisión 16/CMP.1 «Uso de la tierra, cambio de uso de la tierra y silvicultura» adoptada en Montreal de 2005, al entender por forestación la «conversión, por actividad humana directa, de tierras que carecieron de bosque durante un periodo mínimo de 50 años en tierras forestales mediante plantación, siembra o fomento antropógeno de semilleros naturales», y por reforestación la «conversión por actividad humana directa de tierras no boscosas en tierras forestales mediante plantación, siembra o fomento antropógeno de semilleros naturales en terrenos donde antiguamente hubo bosques, pero que están actualmente deforestados (94). En el primer periodo de compromiso, las actividades de reforestación se limitarán a la

produce tanto en la biomasa de la repoblación, como en la mejora del suelo soporte, realizándose la primera de forma más rápida y la segunda más duradera» (GUTIÉRREZ DEL OLMO y PICOS MARTÍN (2004: 4).

(91) En el mismo sentido el art. 8.15 (LMG).

(92) Del mismo tenor literal es el art. 8.28 (LMG). Esta misma Ley, en su art. 8.31, introduce el concepto de regeneración forestal: «renovación de una masa arbolada por procedimientos naturales o artificiales». Es decir, es una operación dentro de la reforestación, pues al tratarse de una «renovación» es obvio que se parte de un bosque preexistente y no de nueva implantación.

(93) Apartado f) del art. 6 (LM) y art. 8.29 (LMG).

(94) La misma Directiva concibe la deforestación como la «conversión por actividad humana directa de tierras boscosas en tierras no forestales» (apartado 1.d) del Anexo).

reforestación de terrenos carentes de bosques al 31 de diciembre de 1989». Visto lo cual surgen algunas cuestiones a resolver, sobre todo relativas a la importancia que el PK le concede a estos conceptos. La primera, que en la práctica la distinción entre estas dos nociones reside en el tiempo que el terreno ha estado sin cubierta vegetal: si supera los 50 años es forestación y, en caso contrario, es reforestación, aunque las actividades amparadas por el PK se refieran sólo a las tierras sin esa cubierta antes de 1989, lo que supone un problema de prueba sobre todo en países no desarrollados (95). La segunda, es la no coincidencia de estas definiciones con las ya expuestas de la LM, pues aunque en esencia delimitan el mismo concepto, la resolución no es igual. La solución, más que por una modificación de la LM para acoger el texto de la Decisión, debe venir por una interpretación conjunta e integradora pues, no conviene olvidarlo, la Decisión sólo tiene alcance en el campo del cambio climático, mientras que la LM es más general y amplia, llegando a ámbitos forestales ajenos al de la Decisión.

En cuanto a la gestión forestal cabe predicar lo mismo, por cuanto la Decisión también aporta su propia definición «*sistema de prácticas para la administración y el uso de tierras forestales con el objeto de permitir que el bosque cumpla funciones ecológicas (incluida la diversidad biológica), económicas y sociales de manera sostenible*» (96). Conceptos como conservación, aprovechamiento y mejora, contenidos en la LM, son expresados de otro modo, pero coincidentes en la esencia. No obstante, se aprecia una novedad muy importante en la práctica: la línea de actuación más importante debe ser la inclusión del criterio de fijación de carbono como un objetivo más en las ordenaciones de los montes que debe alcanzar la masa.

La segunda vía de actuación contemplada en el PK es el proceso de valoración de esa función ambiental como sumidero, algo que analizaremos más adelante, pero que ya el PFE reconoce como una cuestión nada pacífica.

Como quiera que en el PK el papel de los sumideros dentro de los MDL (97) ha estado plagado de discusiones muy complejas y encontradas (98), debido a la falta de las debidas concreciones, ya que en el art. 12 (PK) no se contemplan los sumideros y, por tanto, tampoco los bosques, en

(95) DESANKER (2005: 25).

(96) Apartado 1.f) del Anexo de la Decisión 16/CMP.1.

(97) Es, junto al comercio de derechos de emisión y la implementación conjunta, el tercer mecanismo previsto en el PK, y se configura como un instrumento que consiste en proyectos de inversión, preferentemente privados aunque cabe la posibilidad de que también sean públicos, desarrollados desde países con compromisos de limitación de emisiones de gases de efecto invernadero hacia países que, sin embargo, no han asumido ese compromiso (SARASÍBAR IRIARTE 2012: 290).

(98) GUTIÉRREZ DEL OLMO y PICOS MARTÍN (2004: 6).

la COP-9, celebrada en 2003 en Milán (99), es cuando se adoptaron las definiciones, modalidades y procedimientos para la inclusión de forestación y reforestación bajo el art. 12 (PK) (100). Debido al carácter no permanente del carbono secuestrado por un bosque se evitaba equipararlo al resto de actividades no forestales. Este inconveniente se salvó permitiendo que el participante en un proyecto de MDL pudiera optar entre dos enfoques antes de iniciar el proyecto: unidades temporales (RCEts), que caducarán al final del periodo de compromiso siguiente al que fueron generadas, y unidades de larga duración (RCEls), que tendrán una duración igual al periodo de acreditación del proyecto y sometidas a seguimiento cada cinco años (101). En todo caso sólo se acredita una reducción temporal certificada, por lo que deben compensarse de nuevo en un menor precio de mercado (102), a lo que hay que añadir el inconveniente de que todas las RCEs y UREs podrán utilizarse en el régimen comunitario europeo, con la excepción, precisamente, de las «*resultantes de actividades de uso de la tierra, cambio de uso de la tierra y silvicultura*» (103), es decir, los supuestos relevantes para el sector forestal.

Es importante tener presente que esta consideración de sumidero de los bosques sólo afecta a los de los países en desarrollo por varios motivos. Fundamentalmente las ONGs ecologistas, los gobiernos y los científicos, desearon de evitar que se debiliten los objetivos de reducción mediante sumideros, se opusieron a que los bosques desempeñaran papel alguno en el PK. Su oposición se basó en la preocupación de que la conservación forestal pudiera ser

(99) Aunque ya en la COP-6 celebrada en noviembre de 2000 en La Haya, «(...) otro de los caballos de batalla (...) ha sido la posibilidad de aprovechamiento de los bosques como depósitos naturales de los gases de efecto invernadero (...)» (MARINA JALVO 2001: 282).

(100) Decisión 13/CP.9 «Orientación sobre las buenas prácticas en el uso de la tierra, cambio de uso de la tierra y silvicultura para la preparación de inventarios nacionales de gases de efecto invernadero con arreglo a la Convención».

(101) España, en este sentido, ha participado en el «Proyecto Forma», que pretende contribuir a entender la dinámica actual y posibilidades futuras de desarrollo de proyectos MDL en los sectores forestal y de bioenergía en Iberoamérica. En esta misma línea, España ha invertido en el Fondo Biocarbono del BM para la adquisición de dos millones de toneladas de CO₂ eqv., a través de proyectos de secuestro de carbono mediante actividades «Uso de la tierra, cambios en el uso de la tierra y la silvicultura» (LULUCF) en el ámbito de los mecanismos de flexibilidad basados en proyectos.

(102) DEL ÁLAMO JIMÉNEZ (2007: 16).

(103) Art. 11.bis.3.b) de la Directiva 2003/87/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de octubre, por la que se establece un régimen para el comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero en la Comunidad con respecto a los mecanismos de proyectos del PK, introducido conforme la Directiva 2004/101/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de octubre.

una acción sin efecto benéfico para la atmósfera (104), ya que la absorción del carbono por estos ecosistemas ocurriría de todas formas, aun sin el PK, lo que permitiría a los países desarrollados cumplir con los objetivos del PK sin reducir ninguna emisión respecto a 1990. A más abundamiento, incluso desde la UE incomprensiblemente se justificaba la irrelevancia a estos efectos de los bosques naturales europeos (recordemos, anteriores a 1990) frente a los «bosques comerciales». Conforme el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo (en adelante, CESE) NAT/412 sobre «*El papel de los bosques y el sector forestal en el cumplimiento de los compromisos de la UE en la lucha contra el cambio climático*», de fecha 25 de marzo de 2009, «(...) por lo que respecta a la captación de carbono existe una diferencia importante entre los bosques naturales y los bosques comerciales. Desde el punto de vista de la lucha contra el cambio climático, los bosques naturales son, en «su estado final», meros depósitos de carbono, en los que la captación de carbono (debido al crecimiento de la biomasa) y la liberación de carbono (debido a la destrucción de la biomasa) se hallan en equilibrio, mientras que en los bosques comerciales, la tala continuada de madera crea nuevas capacidades adicionales de captación de carbono» (Apartado 3.6). A la vista de lo cual no resulta extraño que no se haya contemplado ningún mecanismo de compensación económica al propietario forestal europeo, y ello a pesar de que la UE reconoce que en los países industrializados el sector LULUCF constituye, en la mayoría de los casos, un sumidero neto (105). Este trato desigual incurre en varias contradicciones: el proceso del PK sólo lo aplica a los bosques de los países desarrollados, cuando todas las masas arbóreas son apriorísticamente iguales; el MDL no lo aplica a los bosques de los países desarrollados, al considerar que estas masas arbóreas sólo son reservorios, mientras que las de los no desarrollados son plenos sumideros; precisamente en estos países existe más seguridad jurídica sobre la protección del bosque y del cumplimiento de las obligaciones de conservación; y, por último, que los certificados derivados de una reforestación, calificados de perecederos, tampoco son de peor condición que los permanentes (106).

(104) MOUTINHO *et al.* (2005: 28), quienes expresaban que «Hay ciertas dudas respecto a la permanencia del carbono en los bosques, ya que éstos pueden ser talados, incendiados y explotados; y es elevado el riesgo de descontrol, es decir, la posibilidad de que mientras el bosque se conserva en una zona se promueva la deforestación en otra».

(105) De acuerdo a la ya referenciada Comunicación de la Comisión COM (2012) 94 final, Apartado 2.

(106) Como bien ilustra TREVÍN (2001: 5 y 6), «Tomemos como ejemplo el caso de un comprador que tiene como opciones comprar un bono perecedero de una tonelada de carbono fijada durante treinta años por una forestación de pino ponderosa en Patagonia, o bien comprar un bono permanente de una tonelada de carbono cuya emisión se redujo efectivamente mediante algún proyecto de reconversión energética. Por treinta años ambos bonos le dan el

Visto lo cual, cabe ya adelantar que el PK no es muy favorable a los bosques, especialmente en los países desarrollados. No obstante lo cual, debemos analizar su tratamiento a través de los documentos emitidos en el marco del proceso del PK, a fin de delimitar su real y efectivo alcance. Ciertamente, desde 1998, fecha del PK, hasta 2003, cuando se celebra la COP-9, los sumideros en general, y los bosques como tales en particular, tienen un escaso protagonismo. Así, la Decisión 4/CP.4, «*Desarrollo y transferencia de tecnología*», adoptada en 1999 en Buenos Aires, se limita a alentar a las organizaciones internacionales competentes a suministrar recursos financieros destinados a la transferencia de tecnología destinada a la mejora de los sumideros (Apartado 2) y a pedir a las partes que presten asistencia a los países en desarrollo «(...) para crear una capacidad de gestión sostenible, conservación y mejora, según corresponde, de los depósitos y sumideros de todos los gases de efecto invernadero no controlados por el Protocolo de Montreal, en particular la biomasa (107), los bosques y los océanos, así como otros ecosistemas terrestres, costeros y marinos» (Apartado 4.b)). Es cierto que en esta COP-4, a través de la Decisión 7/CP.4, se adoptó un programa de trabajo sobre los mecanismos del PK, en cuyo Anexo, apartado 2º, se contemplaba la «*Inclusión de proyectos relativos a los sumideros (...)*» dentro del art. 12 (PK), es decir, del MDL, pero sin concreciones de orden práctico. También lo es que en ese mismo foro se tomó la Decisión 9/CP.4 «*Uso de la tierra, cambio de uso de la tierra y silvicultura*», pero que en esencia se refiere al cálculo de las capturas como sumideros a efectos de poder evaluar el cumplimiento de los límites fijados en el PK.

En esta tendencia de naturaleza «contable» se enmarca también la COP-6 bis, celebrada en Bonn en 2001, aunque ya se van admitiendo proyectos de sumideros en el marco del MDL, pero por ser los países en desarrollo los beneficiados por este mecanismo los montes españoles no se ven favorecidos de ninguna

mismo beneficio (de no reducir emisiones por una tonelada). Al cabo de treinta años, si ha comprado el bono perecedero deberá reducir emisiones o comprar otro bono, perecedero o permanente (...). La conclusión es que no hay motivos para que un bono perecedero emitido en tales condiciones alcance un valor inferior al 90% de un bono permanente por la misma cantidad de carbono (...). Pero hay algo más. Al cabo de los treinta años las obligaciones del forestador con respecto al depósito de carbono que ha formado son cero. Puede hacer lo que quiera con el bosque, ya que, de acuerdo al «quinto principio», la obligación de reducir emisiones ya ha pasado automáticamente de manos. Desde el punto de vista de sus compromisos asumidos dentro del marco de la Convención, lo que suceda con la madera, ya sea se utilice, se quemé, o simplemente se deje en pie, es absolutamente indiferente. No hay costos de ningún tipo, de control o certificación o de cualquier otra naturaleza, posteriores al año treinta (...).

(107) No deja de ser curioso que considere sumideros separados a la biomasa y a los bosques, pues al fin y al cabo la primera es un aprovechamiento forestal más de los montes, es decir, es parte de los bosques. Sólo puede entenderse desde la definición positiva de biomasa, que también incluye residuos procedentes de industrias conexas y la fracción biodegradable de los residuos industriales y municipales.

manera. Algún cambio de orden práctico se aprecia en la COP-7, celebrada en Marrakech en 2001, cuando mediante la Decisión 7/CP.7 «*Financiación en el ámbito de la Convención*» se crea un fondo especial para el cambio climático con el fin de financiar actividades, programas y medidas complementarias a los ya financiados en el Fondo para el Medio Ambiente Mundial (FMAM) en el ámbito de la silvicultura (108). En contraposición, la Decisión 11/CP.7 «*Uso de la tierra, cambio de uso de la tierra y silvicultura*» se limita a pedir e invitar a elaborar metodología de contabilidad de la capacidad de captura de los bosques y también definiciones de términos tales como «*bosque*», «*degradación*» y «*eliminación de la vegetación*». El Acuerdo de Marrakech, empero, excluyó la deforestación y degradación de los bosques en los países en desarrollo, en base a varias razones: el carbono almacenado en los bosques podría no ser permanente, porque podría liberarse en el futuro debido a actividades humanas como la tala o perturbaciones naturales como la sequía (principio de temporalidad); la protección de un bosque en cierto lugar podría dar lugar a la deforestación en otro (lo que es conocido como *fugas*); la deforestación evitada por el proyecto podría no haber ocurrido de todos modos; y no se disponen de datos suficientes al respecto o no eran lo suficientemente precisos (109). Sin embargo esta postura fue objeto de críticas, pues no sólo se consideraba perjudicial para los propios bosques (110), sino que argumentos análogos pueden oponerse a los proyectos energéticos. Por ejemplo, los combustibles fósiles que no se consuman en un país en virtud de un proyecto de energía limpia podrían quemarse en otros (111).

Tras la COP-9 (112), y en el marco de la COP-11, celebrada en Montreal en 2005, se adopta la importante Decisión 16/CMP.1 «*Uso de la tierra, cambio*

(108) Apartado c) del art. 2 (Decisión 7/CP.7).

(109) ELLIOT (2009: 11).

(110) Para LÓPEZ y OCAÑA (2006: 1) «*Si la asignación de los permisos de emisiones de carbono por país incluyera las emisiones de 1990 vinculadas a la deforestación, la región en su conjunto adquiriría permisos de emisión equivalentes a más del 200% de las emisiones actuales de origen industrial. Los valores de las cuotas relacionadas con la función de retención de carbono de los bosques incrementarían en forma espectacular el valor de los bosques en pie. Esto podría incrementar sustancialmente los incentivos para reducir la deforestación si el nuevo valor de mercado de los bosques pudiera incidir en el comportamiento de los agentes deforestadores locales. Si América Latina reduce sustancialmente la deforestación, puede empezar a obtener de inmediato importantes rentas de las cuotas, muy por encima del ingreso que habría ganado con la tala de bosques, sin afectar su potencial de crecimiento futuro.*»

(111) MOUTINHO *et al.* (2005: 28).

(112) De la COP-10, celebrada en Buenos Aires en 2005, sólo cabe citar la Decisión 14/CP-10 «*Modalidades y procedimientos simplificados para las actividades de proyectos de forestación y reforestación en pequeña escala del mecanismo para un desarrollo limpio en el primer periodo de compromiso del Protocolo de Kyoto y medidas para facilitar su ejecución*», por cuanto regula las actividades en el ámbito forestal, pero sólo las desarrolladas en el marco del MDL, por lo que carece de interés para el tema ahora analizado.

de uso de la tierra y silvicultura», que, al fin y al cabo, supone el cumplimiento de las peticiones contenidas en la Decisión 11/CP.1. Primeramente establece una serie de principios que regirán la silvicultura, a saber (art. 1): que deberá basarse en conocimientos científicos sólidos (113), usándose sistemáticamente metodologías coherentes para las estimaciones y la información sobre la silvicultura, que la contabilización de las actividades silvícolas no modificarán las cantidades de emisiones atribuidas a cada país, que la mera presencia de carbono almacenado se excluirá de la contabilidad, que la silvicultura ha de contribuir a la conservación de la diversidad biológica y el uso sostenible de los recursos naturales, que la contabilidad de la silvicultura ni implica una transferencia de compromisos a un periodo de compromiso futuro, y que la inversión de una absorción debida a la silvicultura se contabilizará en su momento. En segundo lugar, se fijan normas comunes de contabilidad de la absorción por los sumideros, y se comunicarán mediante inventarios anuales. En tercer lugar, se aportan unas interesantes definiciones, como la de bosque, que, simplificada, es la «superficie mínima de tierras de entre 0,05 y 1,0 has. Con una cubierta de copas (o una densidad de población equivalente) que excede del 10 al 30% y con árboles que pueden alcanzar una altura mínima de entre 2 y 5 metros a su madurez in situ» (114), y que supone una flexibilización del concepto de bosque vigente en la normativa comunitaria, ya visto anteriormente, por reducción de sus parámetros. Quizás lo más destacable de todo sea la relevancia contable de la silvicultura, limitándola a fin de que no sirva de tapadera a incumplimientos de los compromisos de reducciones de gases de efecto invernadero. Una consecuencia de este enfoque es la escasa relevancia de los créditos (que se producen cuando la absorción de carbono es superior a las emisiones por unidad de tierra) y su posibilidad de comercio, pero justificable, por cuanto el éxito de una actividad de reforestación o deforestación a largo plazo no deja de ser una mera expectativa, lo que lo transforma en un objeto inseguro, pues nada garantiza que el pretendido crédito resulte finalmente ser un débito (cuando las emisiones son superiores a la absorción por unidad de tierra). De ahí el tratamiento diferenciado en la contabilidad de los bosques respecto a otros sumideros, pues éstos sí pueden compensarse por las emisiones antrópicas de los gases de efecto invernadero (115). Y, en todo caso, ha de acreditarse que las actividades silvícolas son posteriores a 1990 (116) y de

(113) Es decir, no cualquier tipo de conocimiento, sino sólo los contrastados y aceptados.

(114) Apartado 1.a) del Anexo de la Decisión 16/CMP.1.

(115) Apartado 6 del Anexo de la Decisión 16/CMP.1.

(116) La fijación de esta fecha es de naturaleza convencional, y se debe a que el primer Informe del IPCC, presentado en Suecia, referenció el porcentaje de emisiones respecto a las de ese año (RIBÓN SÁNCHEZ 2009: 111 y 112).

origen humano (117), no silvestres o espontáneas (118). Éste es el origen de la irrelevancia contable que el proceso del PK concede a la función ambiental de los bosques ya existentes hasta este momento como sumideros de carbono, sobre todo los ubicados en los países desarrollados. Estos bosques se consideran como un reservorio de carbono (119), teniendo cada Estado signatario la obligación de contabilizar las variaciones habidas en el mismo, sin mayor trascendencia jurídica o económica.

Consecuentemente con lo expuesto, también en Montreal se adoptó la Decisión 19/CMP.1 «*Directrices para los sistemas nacionales previstos en el párrafo 1 del artículo 5 del Protocolo de Kyoto*», en cuyo Anexo se fijan los criterios para estimar la absorción antrópica por los sumideros de los gases de efecto invernadero. Para ello comienza definiendo el *sistema nacional*, que es aquél que «(...) comprende todas las disposiciones institucionales, jurídicas y de procedimiento que adopte una Parte (...) para estimar las emisiones antropógenas por las fuentes y la absorción antropógena por los sumideros de todos los gases de efecto invernadero no controlados por el Protocolo de Montreal y para presentar y archivar la información de los inventarios» (120). Estos sistemas nacionales se rigen bajo los principios de transparencia, coherencia, comparabilidad, exhaustividad y exactitud (121), y se materializan en la planificación, preparación y gestión de un inventario, en el que, entre otros aspectos, deberá de determinar las categorías de fuentes y toda la informa-

(117) Apartado 6 del Anexo de la Decisión 16/CMP.1.

(118) El Anexo de la Decisión 16/CMP.1 siempre se refiere a la absorción antropogénica por los sumideros resultantes de actividades de silvicultura. Es decir, al emplear el adjetivo antropogénica excluye cualquier bosque de origen natural o anterior a 1990.

(119) Para ARANGO CASTAÑO (2011: 19) los reservorios se diferencian de los sumideros en que los primeros siempre están en riesgo de devolver el carbono biosférico a la atmósfera. En esta diferencia radica el temor a que el carbono almacenado en los bosques se libere una vez alcancen su madurez. El apartado 21 del Anexo de la Decisión 16/CMP.1 distingue los siguientes reservorios de carbono: biomasa sobre el suelo, biomasa bajo el suelo, detritus, madera muerta y carbono orgánico del suelo. Los bosques naturales o anteriores a 1990 se entienden incluidos en la primera de estas categorías. Para DEL ÁLAMO JIMÉNEZ (2007: 7 y 8) el carbono se acumula en cinco depósitos diferentes en el ecosistema forestal: en la masa vegetal sobre el suelo, en la masa vegetal del suelo, en la masa vegetal muerta o necromasa, en la capa de material orgánico no descompuesto que se encuentra sobre el suelo, también llamada *litter*, y en el suelo, considerado hasta una profundidad de 30 cm. Curiosamente, y a pesar de todo ello, el Plan Nacional de Asignación de Derechos de Emisión 2008-2012, aprobado por Real Decreto 1370/2006, de 24 de noviembre (PNADE) no valora la fijación de carbono en el suelo forestal, ni la que efectúan los pastizales y matorrales (DEL ÁLAMO JIMÉNEZ 2007: 21).

(120) Apartado 2 del Anexo de la Decisión 19/CMP.1.

(121) Apartado 6 del Anexo de la Decisión 19/CMP.1. Aunque estos principios ya aparecen en la Decisión 3/CP.5 «*Directrices para la preparación de las comunicaciones nacionales de las Partes incluidas en el anexo I de la Convención, primera parte: directrices de la Convención Marco sobre los inventarios anuales*», aportada en 1999 en Bonn.

ción sobre la absorción antropógena por parte de los sumideros (122). En el mismo sentido, también se adoptó la Decisión 20/CMP.1 «*Orientación sobre buenas prácticas y ajustes previstos en el párrafo 2 del artículo 5 del Protocolo de Kyoto*», que trata de fijar procedimientos que eviten la subestimación de las emisiones antrópicas y que se sobrestimen la absorción por los sumideros antropogénicos.

Por contra, la Decisión 2/CP.13 «*Reducción de las emisiones derivadas de la deforestación en los países en desarrollo: métodos para estimular la adopción de medidas*», adoptada en el marco de la COP-13, celebrada en Bali en 2007, se centra en los bosques de los países desarrollados, por lo que afecta a España. Empero, no contempla medidas concretas y prácticas vinculantes a pesar de reconocer expresamente que «(...) *la degradación de los bosques es también causa de emisiones y debe tenerse en cuenta en la reducción de las emisiones derivadas de la deforestación*» y de constatar «(...) *la urgente necesidad de adoptar nuevas medidas significativas para reducir las emisiones derivadas de la deforestación y la degradación de los bosques en los países en desarrollo*». De hecho se limita, en esencia, a invitar a fortalecer y apoyar las actividades para reducir las emisiones derivadas de la deforestación y la degradación de los bosques a título voluntario (apartado 1), a alentar la transformación de tecnología (apartado 2) y actividades de demostración con el fin de reducir las emisiones derivadas de la deforestación y la degradación de los bosques «(...) *y ampliar así las reservas forestales de carbono mediante la ordenación sostenible de los bosques*» (apartado 3), presentación de información (apartado 6) y recabar opiniones sobre cuestiones metodológicas (apartado 7). Tampoco ha de extrañarse este enfoque, meramente intencional, pues desarrolla la Decisión 1/CP.13 «*Plan de Acción de Bali*» cuando acuerde promover el examen de «*Enfoques de política e incentivos positivos para las cuestiones relativas a la reducción de las emisiones derivadas de la deforestación y la degradación de los bosques en los países en desarrollo; y la función de la conservación, la gestión sostenible de los bosques y el aumento de las reservas forestales de carbono en los países en desarrollo*» (123).

En el marco de Bali sólo nos resta citar la Decisión 7/CMP.3 «*Demonstración de los avances realizados por las Partes incluidas en el anexo I de la Convención en el cumplimiento de los compromisos contraídos en el marco del Protocolo de Kyoto*», que resalta que algunas partes del PK «(...) *ya han*

(122) Apartado 14 del Anexo de la Decisión 19/CMP.1. En España esta disposición se ha traducido en la medida contenida en la EECC consistente en «*fomentar la capacidad de absorción de carbono por las formaciones vegetales, realizando inventarios anuales a nivel de Comunidad Autónoma de las capacidades de captación de CO₂ por masas forestales, uso de la tierra y tipos de cultivos*» (p. 16).

(123) Apartado 1.b).iii) de la Decisión 19/CP.13.

elaborado y están aplicando políticas y medidas adicionales, incluida la utilización de sumideros de carbono (...)», sin concretar qué medidas ni qué tipo de sumideros hace referencia (apartado 3). También la Decisión 2/CMP.3 «*Nueva orientación relativa al mecanismo para un desarrollo limpio*», que aprueba las metodologías para las bases de referencia y la vigilancia de las actividades de proyectos de forestación y reforestación en pequeña escala del MDL (apartado 23), y, por último, la Decisión 9/CMP.3 «*Repercusiones de la posible modificación del límite para las actividades de proyectos de forestación y reforestación en pequeña escala del mecanismo para un desarrollo limpio*», que se limita a contener una definición de dichas actividades (124).

Empero no es hasta 2009, con la COP-15 celebrada en Copenhague, cuando los bosques adquieren un verdadero protagonismo autónomo. Aunque se sigue en la línea de lo expuesto, merecen en exclusiva una parte dispositiva en el llamado Acuerdo de Copenhague, además de otras citas, que ya no son solamente programáticas sino esencialmente de orden práctico: «6.- *Somos conscientes de la importancia fundamental de reducir las emisiones debidas a la deforestación y la degradación forestal y de la necesidad de aumentar la absorción de gases de efecto invernadero por los bosques, y convenimos en la necesidad de ofrecer incentivos positivos para esas actividades mediante el establecimiento inmediato de un mecanismo que incluya actividades de REDD-plus con el fin de hacer posible la movilización de recursos financieros de los países desarrollados*». Destacamos, por tanto, dos aspectos que marcarán la línea a seguir en la lucha contra el cambio climático: la primera que sólo concede protagonismo al aumento de la absorción por los bosques. Es decir, que únicamente promoverán el aumento de la superficie forestal y evitarán la desaparición de la existente, pero no conceden importancia o relevancia alguna a la función de captura de los bosques ya existentes o espontáneos (125), lo que perjudica a las masas forestales españolas en general, anteriores en su inmensa mayoría a 1990. La segunda, que previene la existencia de incentivos

(124) Y lo hace en los siguientes términos: «(...) *son aquellas de las que cabe prever que darán lugar a una absorción antropógena neta de gases de efecto invernadero por los sumideros inferior a 16 kilotoneladas de CO₂ por año y que son desarrolladas o ejecutadas por comunidades y personas de bajos ingresos que determina la Parte de acogida*».

(125) La doctrina científica tiene establecido que si bien es cierto que los bosques secundarios y las plantaciones forestales tienen ventaja en términos de fijación de CO₂ atmosférico sobre los bosques primarios, en donde los crecimientos son más estables y a tasas menores, éstos gozan de ventajas comparativas, pues evitan futuras emisiones y almacenan mayor cantidad o stock de carbono por hectárea que los otros tipos de bosques (ORTIZ Y KANNINEN 1999: 402 a 404). De ahí que las políticas contra el cambio climático deberían preferir la conservación de los bosques existentes sobre la creación de nuevas masas. Es más, mientras que los bosques de los países templados y boreales constituyen un sumidero neto de carbono, la deforestación de los bosques tropicales supone un foco de emisión neta (DEL ÁLAMO JIMÉNEZ 2007: 5 y 6).

económicos para actividades silvícolas con origen en los países desarrollados y con destino a los no desarrollados, lo que elimina la opción de que los bosques españoles se vean beneficiados por los mismos. De hecho, la parte dispositiva octava del propio Acuerdo de Copenhague reconoce que los países en desarrollo habrán de percibir «(...) *una financiación mayor, nueva y adicional, previsible y adecuada y un mejor acceso a ella (...) para facilitar y apoyar la intensificación de la labor relativa a la mitigación, con inclusión de fondos sustanciales destinados a reducir las emisiones debidas a la deforestación y la degradación forestal [actividad de REDD-plus (126)] (...)*». Esta financiación conformará el denominado Fondo Verde de Copenhague para el Clima (parte dispositiva décima del Acuerdo de Copenhague). En todo caso, y esto es muy importante, se esperaba que en esta Cumbre se hubiera llegado a un acuerdo internacional sobre la revisión de normas contables para LULUCF, algo que, según la UE, quedó excluido del PK «*debido a las graves deficiencias observadas en las normas contables internacionales aplicables a las emisiones de este sector*» (127).

En desarrollo de este Acuerdo se dicta, también en Copenhague, la Decisión 4/CP.15 «*Orientación metodológica para las actividades destinadas a reducir las emisiones debidas a la deforestación y la degradación forestal y la función de la conservación, la gestión de bosques sostenible y el aumento de las reservas forestales de carbono en los países en desarrollo*». Sin duda alguna, se trata de la Decisión más trascendente y práctica de todas las dictadas en el proceso de Kyoto hasta ese momento en esta materia. Aunque por destinarse en exclusiva a los países en desarrollo su relevancia para los bosques españoles es nula.

A rebufo de este impulso, los bosques como sumideros van consolidando un protagonismo propio en el marco del proceso del PK, abandonando una posición claramente subordinada o testimonial. De ahí que la Decisión 1/CMP.6 adoptada en la COP-16, celebrada en Cancún en 2010, inste a las Partes a que tengan en cuenta las repercusiones cuantitativas del recurso

(126) Nacida en Bali, se denomina REDD a la reducción de emisiones derivadas de la deforestación y la degradación forestal, además de la conservación, el manejo sostenible y el mejoramiento del stock de carbono de los bosques en los países en desarrollo. Lo que se pretende con este mecanismo es, simplícidamente, pagar a los países en desarrollo por el valor del carbono almacenado en sus bosques, es decir, tiene una doble naturaleza incentivadora y compensatoria, pues muchas zonas forestales mundiales valen más deforestadas que en pie. Para nutrir financieramente este instrumento se ha propuesto que quede vinculado a los mercados de carbono, de tal manera que las empresas podrían cumplir sus compromisos de reducción de emisiones mediante la canalización de financiación para REDD (ROBLEDO 2009: 12). En palabras de Benoît Bosquet, responsable del Banco Mundial, del que depende REDD, su objetivo final es impulsar un mercado de emisiones con los bosques (REYES 2008: 1).

(127) Comunicación de la Comisión COM (2012) 94 final, Apartado 1.

a las actividades de la silvicultura (apartado 4º), lo que parece incongruente con que en la Decisión 2/CMP.6, adoptada al unísono, se concluyera con «*la necesidad de excluir la absorción de la contabilidad (...)*» ya expuesta y que procede de la Decisión 16/CMP.1 de Montreal. Algo que perjudica a la labor de sumideros de los bosques que, como los españoles, ya están creados, penalizando a los propietarios forestales.

En la misma línea la Decisión 12/CP.7 «*Orientación sobre los sistemas para proporcionar información acerca de la forma en que se están abordando y respetando las salvaguardias y sobre las modalidades relativas a los niveles de referencia de las emisiones forestales y los niveles de referencia forestal a que se hace referencia en la Decisión 1/CP.16*», adoptada en la COP-17 celebrada en Durban (Sudáfrica) en 2011. Así, se refiere en todo caso a «*la absorción antropógena por los sumideros de gases de efecto invernadero relacionadas con los bosques (...)*», lo que implica seguir excluyendo a los bosques espontáneos o anteriores a 1990. A cambio, ese mismo año la Decisión 1/CMP.7 propone la modificación del art. 3 (PK) con la anexión de un nuevo párrafo, el 7 bis, por el que se calcularía la cantidad atribuida a cada Parte incluyendo en su año base 1990 o periodo de base las emisiones antropogénicas agregadas por las fuentes menos la absorción antrópica agregada por los sumideros derivadas del cambio de uso de la tierra en 1990, pero sólo para las Partes para las que el cambio de uso de la tierra y la silvicultura constituirían una fuente neta de emisiones de gases de efecto invernadero en 1990.

También en Durban se adoptó la Decisión 2/CMP.7 «*Uso de la tierra, cambio de uso de la tierra y silvicultura*», que ahonda en lo ya expuesto, pero que aporta una definición de perturbaciones naturales (Apartado 1.a) del Anexo), es decir, aquellas circunstancias o acontecimientos no antrópicos, como los incendios forestales, plagas de insectos y enfermedades, fenómenos meteorológicos extremos y otros, excluyéndose expresamente la explotación y las quemas prescritas. Algo lógico, pues la normativa del proceso del PK sólo concede relevancia a las emisiones forestales antropogénicas, por lo que era necesario delimitar este concepto a fin de dotarle de cierta seguridad jurídica. De esa Decisión es preciso destacar otros aspectos, como la obligación de contabilizar las emisiones producidas como resultado de los productos de madera recolectada extraídos de los bosques (Apartado 16 del Anexo), el que la forestación y la reforestación son actividades de proyectos admisibles del MDL (Apartado 12 del Anexo), fijación de criterios de contabilidad en caso de perturbaciones naturales que afecten a los bosques (Apartado 234 del Anexo), y la inclusión de un nuevo reservorio de carbono respecto a los contemplados en la Decisión 16/CMP.1 (Apartado 26 del Anexo), pues a la biomasa superficial, a la biomasa subterránea, detritus, madera muerta y carbono orgánico del suelo, se añaden los productos de madera recolec-

tada (128), con la peculiaridad de que respecto a este último reservorio las Partes no podrán optar por evitar contabilizarlo aunque presenten información que pruebe que el reservorio determinado no es una fuente de emisiones. De hecho, establece que se deberán de contabilizar sobre la base de la oxidación instantánea (Apartados 31 y 32 del Anexo) (129). No obstante, la importancia de esta inclusión es muy significativa, pues viene a reconocer que no sólo los bosques en sí mismos son un sumidero de carbono, sino que también lo siguen siendo los aprovechamientos forestales, concretamente los madereros, una vez extraídos del monte, algo que ya era apuntado en el año 2006 por el Informe sobre la ejecución de una estrategia forestal para la UE del Parlamento Europeo (Aspecto General 20º) así como en la Declaración de Varsovia de 2007 (Apartado 1º), y que lo siguen siendo durante la vida útil del producto.

Como vemos, tanto del propio PK como de las normas dictadas en su marco de desarrollo, los bosques carecen de especial importancia, práctica más concretamente los de los países desarrollados. Sin embargo, esta situación ha quebrado, al menos aparentemente, en 2015 con el Acuerdo de París (Decisión 1/COP21) (130) (en adelante, AP), y que sustituirá en 2020 al PK, sirviendo, al menos, para elevar expresamente el reconocimiento teórico de los bosques como sumideros, de lo que carecía el PK, reservándoles en exclusiva el art. 5. Este nuevo protagonismo podría suponer también un avance material, pareciendo que se abría la puerta a los instrumentos de emisión negativa como herramientas para poder alcanzar los objetivos del propio AP, pero el art. 5.2 deja de ser un precepto que, al margen su confusa redacción, es inconcreto y necesitado de desarrollo, aunque del mismo resulta preciso destacar algunos extremos. Primeramente acepta la posibilidad de efectuar pagos por los resultados de los bosques como sumideros, lo que supone un claro reconocimiento del derecho de los propietarios forestales a percibir una contraprestación por la captura de carbono de sus montes. El problema es que la exigencia de resultados compromete una prueba de los mismos en cada caso, lo que traslada su procedencia a un plano técnico. En segundo lugar (131), el art. 5.2 citado contempla «(...)

(128) Ya el PFE indicaba que la fijación de carbono «(...) se alarga durante el ciclo de vida de la madera, es decir, en los productos de la madera, por lo que también estos productos son sumideros de carbono».

(129) En respuesta a la crítica doctrinal que se había formulado años antes: «Por supuesto los productos madereros duraderos retienen carbono, pero estos efectos no se tienen en cuenta según las reglas internacionales de contabilidad del carbono» (KÄGI y SCHMIDTKE 2005: 36).

(130) Ratificado por España mediante Instrumento de 23 de diciembre de 2015 y publicado en el BOE núm. 28, de 2 de febrero de 2017.

(131) También se promueve, cuando procede, los beneficios no relacionados con el carbono que se derivan de los enfoques contenidos en el art. 5.2 del AP, pero se trata de una cuestión ajena al presente estudio.

los incentivos positivos para reducir las emisiones debidas a la deforestación y la degradación de los bosques, y de la función de la conservación, la gestión sostenible de los bosques, y el aumento de las reservas forestales de carbono (...)», lo que podría implicar la posibilidad de que los bosques españoles anteriores a 1990 fueran considerados como sumideros y no como reservorios. No obstante, este mismo precepto vincula esos incentivos sólo a «*los países en desarrollo*», lo que impide nuevamente que se aplique en España; es más, lo que en la práctica supone es el impulso a REDD+. En todo caso el contenido del art. 5.2 (AP) está matizado, pues se aplicarán a las medidas aplicadas en el marco establecido en las orientaciones y decisiones ya adoptadas en el ámbito de la Convención, lo que conlleva una ausencia de cambios significativos en la materia, al menos desde la perspectiva interna española. Inmovilismo que resulta aún más evidente cuando el AP previene que cada país ha de explicitar en sus planes nacionales su contribución para reducir las emisiones, y dado que los ecosistemas forestales serán una parte importante de esas Contribuciones Nacionales Planeadas (CNP) o Prometidas (INDC, en inglés) (132), mucho nos tememos que la capacidad de absorción de estos ecosistemas siga imputando en la contabilidad nacional de gases de efecto invernadero los créditos obtenidos mediante la ordenación forestal (133), con lo que los propietarios forestales continuarán sin poder obtener un rendimiento económico por ello.

En coherencia con lo expuesto, la Decisión 16/CP21 «*Enfoques de política alternativos, como los que combinan la mitigación y la adaptación para la gestión integral y sostenible de los bosques*» presta su apoyo técnico y financiero para, entre otras cosas, alcanzar la gestión integral y sostenible de los bosques, pero únicamente de los países en desarrollo. Además, la Decisión 7/CP21 «*Informe del Fondo Verde para el Clima a la Conferencia de las Partes y orientación al Fondo Verde para el Clima*», se solicita a la Junta de dicho Fondo se tenga en cuenta el apoyo financiero a la adaptación de enfoques de política alternativos, como aquéllos que combinan la mitigación y la adaptación

(132) RODRÍGUEZ-CHAVES MIMBRERO (2016: 665). En el marco del AP todos los países se comprometen a actuar en la medida de sus posibilidades sobre una hoja de ruta de mayor esfuerzo progresivo. Por ello, a diferencia del PK, el AP no formula límites de emisiones específicas para cada país, sino que son los propios Estados quienes establecen sus contribuciones (Planes) y, a través de ellas, se configura el régimen del AP. De este modo, se reconocen los distintos puntos de partida y responsabilidades diferenciadas, pero involucra a todos los países (Apartado 1.1 de la Hoja de Ruta del Cambio Climático en Navarra, aprobada por Acuerdo del Gobierno de Navarra de 24 de enero de 2018, BON núm. 34, de 16 de febrero de 2018, en adelante HRCEN).

(133) Sospecha nada infundada sobre todo a la vista de lo que han negociado otros países: en el marco del AP, Rusia anunció reducciones de emisiones del 15% al 25% a niveles de 1990 para 2020 bajo el supuesto de una asignación apropiada para los bosques rusos (Bueno Rubial 2016: 85), algo que la UE no ha hecho para los bosques europeos.

para la gestión integral y sostenible de los bosques. Es decir, ningún cambio práctico se ha observado para los bosques españoles.

En definitiva (134), y concluyendo, el proceso del PK ha tenido una gran importancia tanto a la hora de reconocer el papel de los bosques como sumideros de carbono como a la de impulsar medidas para su conservación y fomento a través de la silvicultura (135). No obstante, las medidas prácticas se han limitado a los países en desarrollo y siempre a los bosques de nueva creación y de impulso antrópico, por lo que los montes españoles se han visto excluidos, quedando encuadrados en la categoría secundaria de reservorios. Ello conlleva que su función de captura no computa a los efectos de la contabilidad del proceso del PK (136) ni, por tanto, permite considerarlo actualmente como un aprovechamiento intangible, cuestión en la que abunda el hecho de que los créditos forestales no hayan sido objeto de reconocimiento (137). Tal postura es contraria a la lógica pues olvida que los bosques tienen, a estos efectos, una dimensión anfibiológica: por un lado son verdaderos sumideros de carbono, como ya se ha visto, pero también actúan como fuente emisora de este GEI, pues la deforestación, esencialmente la destrucción de la biomasa forestal por fuego, y conversión del uso del suelo, es decir, la transformación de los bosques en otro tipo de cubierta, contribuyen con un significativo 20 por 100 anual a las emisiones de dióxido de carbono. De ahí que la óptima política forestal frente al cambio climático debe combinar estrategias de reforestación con la conservación forestal, cosa que está impidiendo el proceso del PK, pues con ello los bosques podrían resultar sumideros netos de carbono durante los próximos cien años (138), permitiendo reducir de 20 por 100 a 50 por 100 las emisiones de este GEI a la atmósfera y, con ello, se mitigaría el cambio climático (139). No obstante, parece que existe cierto consenso en

(134) En esta materia, tanto la COP-19, celebrada en Varsovia en 2013 como la COP-20, en reunión en Lima en 2014, no aportan nada nuevo, pues la Decisión 11/CP.19 se refiere sólo a las modalidades de los sistemas nacionales de vigilancia forestal, y la Decisión 7/CP.20 contiene un informe sobre el Fondo Verde para el Clima.

(135) La EECC ya previene que las Administraciones públicas deben poner en marcha medidas adicionales de fomento de la absorción de carbono por los bosques y otras masas vegetales (p. 5).

(136) También lo señala, extendiendo esta responsabilidad así mismo a la UE, DEL ÁLAMO JIMÉNEZ (2007: 15).

(137) HYVÄRINEN (2005: 40).

(138) Se calcula que los bosques españoles tienen almacenadas más de 2.858 millones de toneladas de CO₂ (IGLESIAS 2011: 21, citando a otros autores), de ahí el interés en mantener este reservorio y evitar que ese carbono pase a la atmósfera.

(139) PECE *et al.* (sin fecha: 3 y 4). Es decir, si bien la absorción del carbono forestal por sí sola no detendrá el cambio climático, las actividades forestales de mitigación son un instrumento clave de entre los medios de actuación climática (TUTTLE y ANDRASKO 2005: 47 y 48).

reconocer esta limitación del PK, por lo que los acuerdos adoptados tras su vigencia deberán de contemplar la denominada «*deforestación evitada*», un elemento que se está discutiendo formalmente desde hace años en las negociaciones internacionales (140), aunque no ha llegado a formalizarse. A más abundamiento, la UE ha reconocido la falta de incentivos para mitigar el cambio climático en la silvicultura, pues las normas aplicables a la gestión forestal sólo han garantizado un crédito a los países (141), no a los propietarios forestales.

Visto que los bosques españoles dejan con el AP de ser meros reservorios de carbono y pasan a tener la condición legal de sumideros, lo lógico sería habilitar las consecuencias jurídicas de tal cambio, a fin de poder valorar la captura de carbono de todos los bosques, sin excepción (142) y sin tener en cuenta en qué territorio se ubican, pues todos ellos coadyuvan en la mitigación del cambio climático, y si se han conservado hasta la fecha es por la labor de preservación sostenida en el tiempo que se ha desarrollado, y dicha política no debe ser discriminada ni minusvalorada respecto a las nuevas iniciativas reforestadoras. Lo cual permitiría contabilizar estas capturas, lo que supone cosificarlas jurídicamente, y comerciar con ellas tras considerarlas valores transferibles, poniendo a todos los bosques en pie de igualdad en proporción a su real y efectiva capacidad de captura, y convirtiendo esta función en un verdadero aprovechamiento, aunque intangible, como se ha visto. De no llegarse a esta solución dejaría a las claras que la nueva consideración de sumideros que pregona el AP es sólo una declaración meramente formal, sin contenido material y práctico alguno.

Todo lo expuesto resultaría conforme al principio de equidad, pues al igual que quien contamina y expulsa a la atmósfera GEIs debe hacerse responsable de sus actos por contribuir al calentamiento atmosférico a cambio de un beneficio económico, quien participa en su reducción a través de los bosques de su pertenencia, no solamente por plantarlos sino por conservarlos adecuadamente, debe obtener la correspondiente compensación económica, con independencia del grado de desarrollo del área en donde tales bosques se ubiquen. Porque, de todas las maneras, la captura de carbono se produce real y efectivamente, no siendo tal discriminación conforme a un canon de justicia. Al fin y al cabo, tampoco sería una estricta novedad, pues ya el Estado de Oregón, desde 1997, viene autorizando la comercialización de créditos de carbono de bosques tanto estatales como privados como parte de un programa

(140) FIGUERES (2007: 7).

(141) Comunicación de la Comisión (COM (2012) 94 final), Apartado 4.1.

(142) De esta manera se evitaría que algunos países soliciten indemnizaciones imposibles, no por reforestar sino por no deforestar, ya que aducen que sus selvas absorben el 20 por 100 de todo el CO₂ que se produce (RIBÓN SÁNCHEZ 2009:114). Por ello es necesario otorgar un valor equivalente a todos los bosques por su función de sumideros.

incentivador que combina la ordenación forestal con objetivos climáticos (143). Y los mercados voluntarios de carbono llevan realizando transacciones de deforestación evitada desde 1990, lo que pone en evidencia la mecánica del MDL, incapaz de emitir créditos respecto a proyectos que incluyan este tipo de deforestación.

Configurado de este modo, el secuestro de carbono por los bosques sería ya un verdadero aprovechamiento, pues se trataría de un beneficio patrimonializado por el titular dominical del monte. Aunque sería diferente del forestal pero similar al urbanístico o al eólico por intangible, y no una externalidad, pues por un lado posibilitaría una auténtica valorización u objetivación o cosificación, ya que se conoce la capacidad de absorción y su equivalente en créditos de carbono, y, por otro, existiría una demanda de estos bienes en el mercado, lo que permitiría su tráfico y transacción, con los consiguientes beneficios para el propietario forestal; estaríamos ante un interés privado y ya no solamente social. Pero para alcanzar esa condición de verdadero aprovechamiento intangible deberían lograrse las modificaciones apuntadas en la legislación derivada del AP para su aplicación a partir de 2020.

III. PANORAMA LEGISLATIVO ESPAÑOL Y EUROPEO DE LOS MONTES COMO SUMIDEROS DE CARBONO

Dada la situación ya expuesta de los bosques españoles dentro del marco del PK, es obvio el estrecho margen del que ha dispuesto el legislador español para actuar. De ahí la escasa producción normativa al respecto en nuestro país, más orientada a informar políticas públicas que a innovar jurídicamente.

Ya hemos visto que la normativa estatal española recoge los principios de adaptación de los montes al cambio climático y de fomento de su gestión frente al mismo, introducidos en el año 2006. Desde entonces, aunque haya sido puntualmente, se van repitiendo las ocasiones en que estos principios informan nuestro ordenamiento jurídico. Así, el Programa de Desarrollo Rural Sostenible habrá de incluir medidas que tengan por finalidad «(...) *el mantenimiento y aumento de las prestaciones de la cubierta vegetal como sumidero de CO₂, la reducción de las emisiones de dióxido de carbono y otros gases de efecto invernadero, y la adaptación de las actividades y los usos de los habitantes del medio rural a las nuevas condiciones medioambientales derivadas del cambio climático*» (144). De este precepto es preciso destacar varios aspectos. El primero es que confirma el arraigo del reconocimiento nominal de

(143) TUTTLE y ANDRASKO (2005: 46).

(144) Apartado f) del art. 24 de la Ley 45/2007, de 13 de diciembre, para el desarrollo sostenible del medio rural (LDSMR).

la función ambiental de los montes como sumideros de carbono, algo que, de un modo u otro, se va a mantener, como lo demuestra el contenido del art. 89 (LES). El segundo supone la reiteración del legislador nacional en continuar obstinadamente en el terreno de los principios, de la indefinición, de las meras declaraciones programáticas, sin concretar ni una sola medida práctica a este respecto. A lo sumo, y con ello sigue la estela de la letra b) del art. 65.2 (LM) y del art. 89.2 (LES), se incluye como criterio de otorgamiento de hipotéticas y etéreas medidas de fomento (145), tanto económicas como políticas (146). No obstante, algunos pequeños pasos, más simbólicos que reales, se están dando a nivel estatal, como la creación del registro de huella de carbono, compensación y proyectos de absorción de dióxido de carbono, aprobado por Real Decreto 163/2014, de 14 de marzo.

Es por ello por lo que puede considerarse que la primera iniciativa normativa dotada de contenido real y efectivo, aunque insuficiente por las restricciones ya expuestas que el proceso del PK impone desde el nivel internacional, lo ha apuntado la LMG (147), al obligarse la Comunidad Autónoma de Galicia a establecer un cálculo anual del efecto sumidero de sus bosques (148), a la captación de financiación para la realización de forestaciones para compensar la emisión de CO₂ en actividades empresariales, a promover medidas de gestión forestal y de silvicultura y al desarrollo de los instrumentos basados en el mercado para abordar eficientemente la conservación y mejora de los activos naturales y de los servicios que éstos prestan. Es evidente que una vez efectuado el cálculo de captura de todos los bosques gallegos, y aun siendo un paso necesario, de nada sirve si no puede comerciarse con esa capacidad, es decir, es preciso dotarla de tangibilidad a fin de dar cumplimiento a la última de esas obligaciones ya expuestas, la de que los instrumentos que se desarrollen estén basados en el mercado, algo actualmente imposible. Hasta que este momento no llegue, y a pesar de su loable ambición, medidas como

(145) No es el único caso: un país como Bélgica se ha limitado a recoger esta materia en los principios inspiradores de su normativa forestal (art. 1.1º CF valón), sin medida alguna de orden material.

(146) Su alcance en la práctica está demostrándose muy limitado, pues muchas líneas de fomento, como los «Proyectos Clima», en los que el FES-CO₂ adquirirá los créditos que generen en España y en los conocidos como «sectores difusos» (no sujetos al régimen europeo de comercio de derechos de emisión), excluyen expresamente los proyectos de absorción de emisiones por sumideros. Y cuando se ha legislado lo ha sido en la estela marcada por el PK, regulando los MDL, que no afectan a los montes españoles, como el Real Decreto 1031/2007, de 20 de julio, por el que se desarrolla el marco de participación en los mecanismos de flexibilidad del PK.

(147) Disposición Adicional 3ª (LMG).

(148) Algo que viene ya recogido a nivel nacional en el PNACC cuando, en su apartado 4.3, establece, como línea de actuación, la «Evaluación de los balances de carbono para distintos tipos de ecosistemas forestales españoles».

las indicadas sólo podrán calificarse como de fomento, en el mismo sentido que el pionero art. 65.2.b) (LM) lo que, al fin y al cabo, es la principal medida derivada de la función de sumidero de los bosques, a pesar de su parquedad y ambigüedad (149).

Lo mismo es predicable de las disposiciones contenidas en la catalana Ley 16/2017, de 1 de agosto, del cambio climático. Aunque son más amplias, no aportan medidas concretas de orden práctico ni diseñan ningún mecanismo de compensación. Tras incluir expresamente a los bosques en la definición positiva de sumidero [art. 4.f)] (150), siguiendo con ello lo contemplado en el AP, dos son las decisiones acordadas para esta Comunidad Autónoma a este respecto: la elaboración de un Inventario de emisiones a la atmósfera y de sumideros de CO₂ de Cataluña (art. 8.1) (151), y la adopción de unas medidas que, en materia de bosques y gestión forestal, se integren en la planificación, ejecución y control de las políticas sectoriales del ejecutivo autonómico catalán a fin de, entre otras medidas, optimizar su capacidad de actuar como sumideros (art. 13.1 y 18). Medidas que, en la práctica, vuelven a calificarse de fomento, cuando no de meros principios informadores de la actuación administrativa (152).

Por último, y dentro de esta misma tónica, Navarra, en su reciente HRCCN, Apartado 3.2, contempla también una batería de medidas integradas en la planificación y gestión forestal, intercalando acciones concretas y de orden

(149) SARASÍBAR IRIARTE (2007: 203 y siguientes, especialmente la p. 217).

(150) Considerándolo como reservorio que absorbe o almacena carbono como parte del ciclo natural del carbono.

(151) Objeto, entre otros preceptos de esta Ley, del Recurso de Inconstitucionalidad núm. 5534/2017, aunque su aplicación no ha sido objeto de suspensión (ATC de 21 de marzo de 2018, BOE núm. 75, de 27 de marzo).

(152) Y que son: a) Definir y promover una gestión forestal que aumente la resistencia y resiliencia de las masas forestales a los impactos del cambio climático; b) Evaluar los riesgos del cambio climático y gestionarlos; c) Favorecer una gestión forestal que permita reducir el riesgo de incendios forestales, aprovechar la biomasa forestal y recuperar los mosaicos agroforestales y de pastos, a partir de especies locales más adaptadas fisiológicamente a las condiciones climáticas, y promover los recursos forestales, tanto los madereros como los no madereros; d) La ejecución de medidas de gestión forestal activa dirigidas a: 1.º La conservación de la biodiversidad y la mejora de la vitalidad de los ecosistemas forestales, su capacidad de adaptación a los recursos hídricos disponibles y su función reguladora del ciclo hidrológico y de protección contra la erosión y demás efectos adversos de las lluvias intensas. 2.º El suministro sostenible de biomasa forestal para sustituir combustibles fósiles en la producción térmica. 3.º La producción de madera estructural de proximidad y otros productos madereros con mayor capacidad como sumideros; y e) La necesidad de coordinar las políticas forestales y de agua, y el establecimiento de medidas que permitan un sistema de gestión de los bosques que tenga en cuenta la regulación hídrica y permita hacer una gestión sostenible tanto de los bosques como de los recursos hídricos.

práctico (v. gr., la selección de semillas autóctonas) con otras de carácter genérico (v. gr., aplicar modelos de conocimiento forestal en diferentes escenarios de cambio climático), todas ellas en consonancia con el nunca aplicado art. 89.2 (LES).

Visto lo cual sólo podremos atisbar un avance en el Derecho español respecto al AP desde dos frentes: por iniciativa estatal, a través de las CNP que España proponga, o bien por mandato de la UE. Como bien ha dejado claro ésta, aunque LULUCF todavía no cuenta a efectos del objetivo de reducción de emisiones de la Unión para 2020, sí se dispone de su compromiso en el marco del PK respecto al periodo 2008-2012 (153), lo que demuestra que es consciente del problema. Y aunque en este periodo no se adoptó medida práctica alguna, actualmente la Comisión Europea está discutiendo una propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la inclusión de las emisiones y absorciones de gases de efecto invernadero resultantes del uso de la tierra, el cambio de uso de la tierra y la silvicultura en el marco de actuación en materia de clima y energía hasta 2030 [COM (2016) 479 final, de 20 de julio de 2016], pero que sólo se espera modifique las reglas de contabilización vigentes en este momento contenidas en la Decisión núm. 529/2013/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2013, que prohíba la doble contabilidad de emisiones y absorciones, y que introduzca el principio de flexibilidad por el que un Estado, en caso de que sus absorciones totales excedan de las emisiones, podrá transferir la cantidad resultante a otro Estado miembro. Como vemos, tampoco se ha habilitado posibilidad alguna en el ámbito comunitario, pues este mecanismo de flexibilidad no se hace extensivo a los propietarios forestales.

A pesar de contar con unas reglas contables, la UE, en la estela de los movimientos ecologistas en el PK y en su proceso derivado, no se atreve a integrar LULUCF en el marco estratégico post-2020, pues entiende que suscita un elevado grado de incertidumbre en el sector forestal, pues «*todavía no está claro si esto dará lugar a un "efecto desagüe" o si la integración dará lugar a que aumenten las emisiones en varias regiones*» (154).

En este contexto debe entenderse el reciente Dictamen del CESE «*Estrategia Espacial para Europa*» [COM (2016) 705 final], de 30 de marzo de 2017, Ponente: Mindaugas Maciulvičius, cuando afirma que los bosques actúan como sumideros de carbono, lo que no implica, desafortunadamente, el reconocimiento jurídico de las consecuencias de tal consideración, pues aparte de

(153) Comunicación de la Comisión COM (2012) 94 final, Apartado 4.1.

(154) Dictamen CESE NAT/655, de 22 de abril de 2015, sobre las implicaciones de la política en materia de clima y energía para el sector agrícola y la silvicultura (Ponente: Mindaugas Maciulvičius), Apartado 1.3.

que esta afirmación no es nueva en los Dictámenes del CESE (155), es una mera consecuencia de la redacción del art. 5.1 (AP). Además, la naturaleza jurídica de estos dictámenes no le autoriza a innovar el ordenamiento jurídico, por lo que se remite a un genérico *«Las propuestas actuales de la Unión, que permiten compensar la emisión de CO₂ en sectores como la industria o los transportes mediante el uso de sumideros de carbono forestales o a través del crecimiento de los bosques, hacen mucho más hincapié en las cuestiones económicas, sociales y medioambientales (...)»* (Apartado 4.4.3). Se trata de una frase meramente ilustrativa, sin mandato vinculante alguno (156), por lo que realmente debe entenderse en aplicación de la normativa existente y, a más concreción, referente a los MDL (157), ya explicados, instrumento ajeno a los montes españoles.

Sin duda, y por ello, la principal aportación del CESE es poner de relieve lo que, por otro lado, es una obviedad: que la gestión y el aprovechamiento forestal favorecen la función de los bosques como sumideros de carbono. De ahí que *«(...) la política climática de la Unión no debe fijar límites al uso de los bosques siempre y cuando el aprovechamiento no supere al crecimiento de los recursos forestales y se actúe de conformidad con las prácticas de una gestión forestal sostenible. La restricción a corto plazo del uso de los bosques tendría como resultado la disminución de los sumideros a largo plazo»* (158). También ha propuesto una posibilidad a través de la cual pueda introducirse novedades en la normativa comunitaria, como es el Diálogo europeo sobre la acción no estatal por el clima. En virtud del mismo se convocaría a todos los agentes no estatales para que puedan aportar una contribución real y tangible a la lucha contra el cambio climático en transición hacia una economía hipocarbónica (159), lo que daría la oportunidad de influir sobre el legislador comunitario al respecto.

(155) V.gr. el tan citado de 25 de marzo de 2009, Apartado 1.3.

(156) Ni en su apartado 1º de *«Conclusiones y recomendaciones»* ni en el 2º sobre *«Síntesis de la propuesta de la Comisión»* se hace ni una sola mención a que jurídicamente los bosques hayan de tener la consideración de sumideros de carbono.

(157) El Apartado 4.11 del Dictamen del CESE sobre *«El desarrollo sostenible en la agricultura, la silvicultura y la pesca y los retos del cambio climático»*, de 18 de enero de 2006, ya considera al MDL como *«(...) un incentivo para que los agentes de la UE contribuyan a la repoblación forestal y un medio para que la UE intensifique sus esfuerzos en todo lo relacionado con el sistema de cuotas de dióxido de carbono en los países en desarrollo»*.

(158) Dictamen CESE NAT/696, de 14 de diciembre de 2016, sobre reparto del esfuerzo 2030 y uso de la tierra, cambio de uso de la tierra y silvicultura (UTCUTS), Apartado 3.8. Ponentes: Tellervo Kylä-Harukka-Ruonala y Mindaugas Maciulvičius.

(159) Dictamen CESE NAT/718, de 15 de febrero de 2018 *«Impulsar las acciones por el clima por parte de los agentes no estatales»*, Apartado 1.15.

IV. EVALUACIÓN DE LA VIABILIDAD JURÍDICA DE UN INSTRUMENTO ECONÓMICO DE MERCADO CUYO OBJETO SON LOS DERECHOS DE CAPTURA Y ALMACENAMIENTO DE CARBONO ATMOSFÉRICO POR LOS MONTES EN ESPAÑA

1. Exposición de la medida propuesta

Ante el panorama que se ha expuesto se aprecia una quiebra del principio de equidad, pues, por un lado, unos propietarios públicos o privados, están prestando un servicio a terceros beneficiados sin recibir compensación económica alguna, a pesar de las inversiones que asumen por su cuenta y riesgo, y, por otro, la conservación de los montes carece de respaldo económico alguno, por estos conceptos, al contrario que en otros países menos desarrollados (160). A lo que hay que añadir que el Estado, en este caso España, está imputando en la contabilidad nacional de gases de efecto invernadero los créditos obtenidos mediante la ordenación forestal, sin que los propietarios forestales se vean beneficiados por ello, por lo que la conservación de los montes ordenados sólo coadyuva al Estado a cumplir con sus compromisos del PK (161), evitando con ello la necesidad de adoptar medidas restrictivas de la emisión de CO₂ por parte de terceros contaminantes. Y así, éstos tienen un margen más amplio de emisiones sin abonar contraprestación alguna. Siendo una injusticia, el propietario forestal debe ser consciente que beneficiarse de una silvicultura del carbono supondría también aceptar sus riesgos (162), pues no alcanzar los objetivos de captura fijados como sumideros o perder el CO₂ recogido (v.gr., por un incendio, aunque fuera por causas naturales) supondría tener que devolver al Estado no sólo el equivalente al carbono capturado desde que entró en el sistema sino también el anterior hasta 1990, más los correspondientes intereses.

Como solución, ¿puede trasladarse el esquema que acabamos de exponer al secuestro de carbono que realizan los montes? (163). Para poder dar una respuesta positiva es preciso conseguir que la externalidad actúe en el mer-

(160) No puede negarse que los principales responsables de las emisiones de GEIs son los países desarrollados, pero esta diferencia de tratamiento entre los bosques dependiendo del país en que se ubiquen supone un trato discriminatorio injustificado, pues apriorísticamente no hay bosques de mejor condición.

(161) KÄGI y SCHMIDTKE (2005: 37).

(162) KÄGI y SCHMIDTKE (2005: 37). De ahí que estos autores consideren más ventajoso para el país no optar por la contabilización de la ordenación forestal, lo contrario a lo hecho por España.

(163) Quizás de un modo ingenuo, este sistema de valoración económica se ha llegado a proponer para el cultural conocimiento tradicional como una herramienta determinante en la distribución equitativa de beneficios (AGUILAR ROJAS 2005: 239 y 240).

cado como un aprovechamiento forestal más (164). Por ello se deben resolver previamente dos escollos: la previsión legal de la existencia de unos derechos de captura de carbono atmosférico, y su valoración. Respecto del primero, esos derechos no se encuentran actualmente reconocidos ni delimitados, quizás porque el sistema de valoración o medición no está finalizado, aunque legalmente es posible por haberse optado por la gestión de los bosques dentro de las posibilidades ofrecidas por el art. 3.4 (PK), como ya se ha visto. De ahí que previamente se precise que el legislador defina estos derechos y los conceptúe definitivamente como aprovechamientos, aunque intangibles, dado que las externalidades, y ésta no es una excepción, son difíciles de administrar ya que no sólo no se encuentran concretadas sino que varían físicamente en cada ecosistema y poseen valores diferentes dependiendo del entorno. Se trata, en definitiva, de crear un equivalente a los derechos de emisión (165) establecidos en la Ley 1/2005, de 9 de marzo, de Comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero (LCDE) y en el Plan Nacional de Asignación de Derechos de Emisión para el periodo 2005-2007, aprobado por Real Decreto 1866/2004, de 6 de septiembre (PNDE), de tal manera que se configuren unos derechos subjetivos, atribuyendo la titularidad originaria de los mismos a los propietarios forestales, a fin de que puedan enajenarlos, al igual que sucede con los de naturaleza forestal. La normativa, en este caso, crearía la ficción de cosificar la externalidad, creando una unidad, el derecho de captura de carbono atmosférico, de tal manera que le dote del reconocimiento suficiente como para que goce de seguridad jurídica y pueda ser patrimonializable y,

(164) Para LJUNGMAN *et al.* (1999: 28) la respuesta típica a los fracasos del mercado es la concepción y ejecución de políticas gubernamentales con objeto de crear mercados para algunas externalidades, lo que es el caso que nos ocupa.

(165) Mientras que los derechos de emisión están medidos en toneladas métricas de dióxido de carbono, y que cada uno de ellos permite a su titular emitir a la atmósfera una tonelada de CO₂ durante un periodo temporal concreto, los derechos de captura se medirían en idénticas unidades y por el mismo lapso de tiempo, pero a la inversa, es decir, en vez de emisión sería de secuestro del CO₂. Puede plantearse la cuestión de si podría seguirse el ejemplo de los créditos de conservación, regulados en la Disposición Adicional 8ª (Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de evaluación ambiental, LEA), donde se conceptúan como créditos que representan trabajos ambientalmente positivos efectuados previamente por terceros y en otros lugares. Ambas figuras coinciden en ser el resultado de la conservación de un ecosistema, y de la utilización de instrumentos de mercado para colaborar en la consecución de fines de interés público, concretamente el de conservación ambiental, pero se diferencian en varias cosas: en la captura del carbono atmosférico debe existir una asignación previa de un límite de títulos y evaluados y valorados, mientras que los créditos de conservación pueden ser ilimitados; éstos tienen un carácter corrector por una actividad impactante, mientras que la captura de carbono por los montes implica precisamente una ausencia de daños al ecosistema, una función positiva, sin necesidad de que exista una actividad humana que deba ser compensada con esa función; y tampoco es obligatoria, al contrario que los créditos de conservación [CONDE ANTEQUERA 2014: 987-990].

por consiguiente, objeto de comercio. Su titularidad correspondería, en virtud del derecho de propiedad, al dueño del monte, quien podrá enajenarlo (166). Incluso su equivalencia con los derechos de emisión permitiría a los titulares de éstos adquirirlos en compensación. La más importante consecuencia es que estos derechos tendrían el carácter de transferibles, al igual que los derechos de emisión (167), es decir, serían objeto de comercio. Igual que existe garantía legal de transmisión respecto a los derechos de emisión ex. art. 12 de la Directiva 2003/87/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de octubre, por la que se establece un régimen para el comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero en la Comunidad, al imponer a los Estados miembros que «*velarán porque los derechos de emisión puedan transferirse*» (168), idéntica previsión debe fijarse para los derechos de captura de carbono atmosférico. En aplicación de las previsiones sobre Mecanismos de Desarrollo Limpio (MDL) ya existen casos que actúan como embriones de lo expuesto, y las naciones industrializadas pueden pactar con países en desarrollo la eliminación desde estos países de los excesos de carbono de las primeras (169). Aunque, a diferencia del caso español, se trata de supuestos amparados por el PK, tal es el caso de Costa Rica, cuya relación con Noruega fue piloto en la estrategia mundial para poner en marcha este tipo de transacciones dentro de los MDL, por el que el país emisor paga por la existencia o plantación de bosques en otro país con emisiones menores (170). Lo mismo

(166) La actual configuración de las externalidades no les permite ser negociadas a través de los mecanismos propios del mercado. De ahí las diferentes posturas doctrinales al respecto: la ortodoxa, para la que pueden definirse a través de derechos y el sistema de precios, defendida en este estudio. Pero también existe una visión pigouviana, que considera a las externalidades como fallos del mercado, cuya disminución sólo es posible a través de la intervención pública mediante subsidios (en caso de externalidades negativas) e impuestos (en presencia de externalidades positivas), y la defendida por la economía ecológica, que defiende que la evaluación monetaria o crematística de esas externalidades es una quimera al no incluir a las generaciones futuras que no pueden participar en ninguna transacción actual (IRIARTE GOÑI 1998: 122). Un ejemplo de la segunda es la alemana *Vertragsnaturschutz*, es decir, la negociación de un contrato entre la Administración y el propietario, de media o larga duración, por el que la primera se compromete a gestionar de modo sostenible el monte a cambio de una compensación económica anual al segundo (GÓMEZ MENDOZA 1992: 110).

(167) Art. 20.4 (LCDE), extremo resaltado por JUNCEDA MORENO (2005: 107). De hecho, el art. 21 (LCDE) permite su libre intercambio entre personas físicas o jurídicas de la UE, o entre las anteriores y personas físicas o jurídicas en terceros Estados, previo reconocimiento mutuo de los derechos de las partes firmantes en virtud de instrumentos internacionales.

(168) Obligación reconocida en nuestro Derecho interno por la STS de 17 de julio de 2009, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Rec. núm. 103/2005, Ar. 518/2010, Ponente: Excm. Sra. Dña. Pilar Teso Gamella, F.J. 8º. Un interesante estudio sobre la jurisprudencia existente sobre esta materia nos lo ofrece GARCÍA-ÁLVAREZ (2009: 276 a 290).

(169) MARTÍN MATEO (2005: 38).

(170) ORTIZ y KANNINEN (1999: 402).

sucede en Ecuador, cuyo gobierno aprobó en 1998 que el país actuara como sumidero de las emisiones de CO₂ generadas en Holanda a través de la repoblación forestal (171). En Guatemala, empero, se va más allá, y ya están previstos mecanismos de subasta, entre otras medidas (172).

Esto quebraría la dinámica típica de muchos recursos naturales de libre acceso: carecen de precio, que no de valor, debido a la ausencia de mercados (173). Creados los derechos de propiedad, definidos y protegidos, es decir, generado el marco jurídico que dote de seguridad al sistema, el mercado se encargará de dotarles de precio a través de la oferta y la demanda, sujeto, eso sí, a los mecanismos previstos en la normativa.

Lo expuesto tiene su importancia, pues actualmente ningún propietario forestal está percibiendo los beneficios que para la sociedad está generando la externalidad, pues no se refleja su precio de mercado ni pueden transmitirse: es decir, no han adquirido todavía una dimensión económica, lo que implica una pérdida de ingresos para los propietarios de los montes y, por tanto, de rentabilidad de las explotaciones forestales. Y es que las externalidades sufren una curiosa paradoja en España: se aprovechan cada vez con más intensidad y en mayor cantidad, pero no pueden comercializarse ni obtener un rendimiento a favor del propietario forestal a pesar de su creciente demanda e, incluso, reconocida necesidad, como se verá a continuación. No debe perderse de vista que, conforme las previsiones de los expertos, a mediados del siglo XXI, la mayor parte de la madera industrial del mundo se producirá en plantaciones forestales, destinándose los bosques ahora existentes a diversas actividades no forestales, como al mantenimiento de los valores naturales, la protección de la vida silvestre y las cuencas hidrográficas, y las actividades recreativas (174). Como bien reconoce la EFE, «*Las externalidades positivas de la multifuncionalidad, es decir, los beneficios de protección, ecológicos, sociales y de corrección estructural que responden a un determinado tipo de gestión, no benefician en general directamente al propietario o gestor del monte de la inversión*» (175).

(171) Este proyecto se articula a través de la Fundación FACE (*Forests Absorbing Carbon dioxide Emission*), creada por la Empresa Eléctrica de Holanda, y eligió Ecuador por la escasez y costoso precio de las tierras y de la mano de obra holandesas (GUTIÉRREZ ENDARA y JIMÉNEZ NOBOA 2005: 61). Aunque fuera del MDL, un caso similar es el convenio suscrito en 2006 por la Comunidad Autónoma del País Vasco y la Fundación Green Belt Movement para plantar 232.000 árboles en Kenia para compensar las emisiones de CO₂ derivadas de los viajes de su gobierno regional a través de avión o coche.

(172) INSTITUTO NACIONAL DE BOSQUES (2004: 35 y 36).

(173) AZQUETA (1994: 52).

(174) SEDJO (2001: p. 1).

(175) MINISTERIO DE MEDIO AMBIENTE (2000: 107).

La actual LM ha supuesto en esta materia una auténtica oportunidad perdida, por cuanto, aun cuando aparezca por vez primera regulada normativamente (art. 65 LM), no es menos cierto que los llamados incentivos por las externalidades ambientales se limitan a prácticas derivadas de una tradicional política de fomento, con la figura de la subvención a la cabeza (176). Subvención que, por cierto, nunca se dirigirá a compensar al propietario forestal (la LM habla de propiedad, pero de «los trabajos»), es decir, sólo podrán tener por objeto tratamientos silvícolas, cuya necesidad se configura de un modo completamente independiente de lo que se entiende por externalidad forestal.

En consecuencia, se carece de una base legal que permita, en primer lugar, identificar y cosificar las externalidades forestales. En segundo lugar, y es la clave del proceso, la posibilidad de calcular convencionalmente el valor económico de las mismas (177), con la consiguiente regulación para que los sistemas contables faciliten al propietario forestal retribuciones por estos beneficios (178). Y, por último, un sistema reglamentado que permita transacciones mercantiles como cualquier otro producto o rendimiento forestal, es decir, integrar la captura del carbono atmosférico en el conocido como «mercado del carbono».

Por su importancia, nos centraremos en la necesaria creación de un nuevo mercado cuyo objeto sea la compraventa de derechos de retención del carbono, como parte de las iniciativas mundiales de reducción de las emisiones netas de dióxido de carbono. Al fin y al cabo se trata de seguir los pasos de los derechos de emisión, y al igual que éstos se asignan para incentivar las reducciones de las emisiones de gases de efecto invernadero y las técnicas de eficiencia energética (179), los derechos de captura de carbono atmosférico servirían para conservar los montes como reservorios y fomentar la creación de nuevas masas forestales como sumideros.

(176) Art. 65.3 (LM): a) subvención al propietario de los trabajos dirigidos a la gestión forestal sostenible; b) establecimiento de una relación contractual con el propietario; y c) inversión directa por la Administración.

(177) Las externalidades realmente tienen un valor, lo que falta es una convención para concretarlas en unidades universalmente reconocidas.

(178) La EFE denuncia esta imposibilidad (MINISTERIO DE MEDIO AMBIENTE 2000: 107) y que debería materializarse por un sistema similar al contenido en la Resolución de 8 de febrero de 2006, del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, por la que se aprueban normas para el registro, valoración e información de los derechos de emisión de gases de efecto invernadero.

(179) STJCE de 7 de marzo de 2013, asunto T-370/2011, República de Polonia contra Comisión Europea, F.D. 99°. Debe tenerse en cuenta que dicho régimen no reduce por sí mismo las emisiones, sino que fomenta y favorece la búsqueda del menor coste posible para lograr una reducción de dichas emisiones a un nivel dado (STJCE de 21 de diciembre de 2011, asunto C-366/2010, Comisión contra Reino Unido, F.D. 139 y 140).

Así, establecido el citado estándar objetivo por parte de los poderes públicos, se impone la necesaria valoración económica (180), con la seguridad que exige el mercado, de esos derechos de captura del carbono atmosférico, como paso previo a la fijación del precio por los mercados. Esta posibilidad supone poder disponer de un indicador de la importancia de los beneficios ambientales para el bienestar de la sociedad que permita compararlo con los componentes del Medio Ambiente. De partida no hay duda de que los ecosistemas poseen un valor para los seres humanos, ya que cumplen una serie de funciones que afectan positivamente al bienestar de los individuos, sobre todo en una sociedad urbana como la española. La idea de asignar un valor a un servicio ambiental no sólo se fundamenta en la posibilidad de obtener rendimientos a favor de un propietario, sino en la evitación de su sobreexplotación, pues el uso común se vería restringido o, al menos, excluido de la gratuidad. Una valoración económica implica, *per se*, un respeto ambiental. En consecuencia, rechazar la dimensión económica de las externalidades supone incurrir en los absurdos de excluir a los ecosistemas forestales del sistema productivo y de impedir el cobro por la prestación del servicio de carácter ambiental y, por ende, social. En consecuencia, el conocimiento de las existencias de una masa forestal es ineludible para su posterior gestión integral, por lo que se antoja imprescindible contar con una herramienta sencilla y eficaz que proporcione dicha estimación (181).

Recuérdese a este respecto el teorema de Coase, que, entre otros extremos, y en oposición de Pigou, determinaba que las externalidades en general son el resultado de la ausencia de una definición precisa de los derechos de propiedad sobre el bien en cuestión, con su consiguiente deficiente falta de asignación y defensa, lo que explica la ausencia del precio, es decir, sólo tiene precio aquél sobre el que se puede ejercer un derecho de exclusión con respecto a los demás (182). Es decir, se obliga a resolver el problema mediante la mera negociación, sin intervención del Estado mediante instrumentos pigouvianos, materializándose dicha negociación a través de un mercado que permitiera

(180) Algo que se viene reclamando desde hace unos años. A modo de ejemplo, la Resolución de Varsovia 2 de 2007 destaca «(...) *que debe reconocerse de forma adecuada el valor económico total de los bosques, en particular el valor de los servicios ambientales que proporcionan*».

(181) Habiéndose superado el uso de tarifas de cubicación, por su coste y por obviar las características invariables asociadas a cada especie analizada ya que reúnen toda la información del árbol en un escalar (volumen del árbol). Por eso se hace necesaria la utilización de una nueva herramienta que calcule la biomasa y el CO₂ fijado. Éste es el caso de CUBIFOR, elaborado por la Junta de Castilla y León (<http://www.cubifor.cesefor.com>).

(182) AZQUETA (1994: 53 y 54). A lo que hay que sumar que la Administración competente debería definir esos derechos de propiedad, así como contemplar los mecanismos para garantizarlos.

valorar la externalidad que pasaría a recogerse en el precio final del bien (183). La falta de precio de mercado de la externalidad incluso conlleva un riesgo respecto a la conservación del monte (184). En palabras del citado Dictamen CESE de 25 de marzo de 2009, las funciones adicionales de los bosques, a pesar de que contribuyen al bienestar social, no quedan reflejadas en ningún cálculo de rentabilidad ni tampoco en el precio de la madera (Apartado 1.7).

La UE es consciente de la necesidad de disponer de un régimen contable obligatorio en la gestión de los bosques para, entre otros aspectos, sentar las bases para el desarrollo de incentivos políticos a fin de aumentar su efecto mitigador. Como señalaba la Comunicación de la Comisión COM (2012) 94 final, si se tuviera en cuenta esos esfuerzos, su impacto global en las emisiones de gases de efecto invernadero se reflejaría de una manera más correcta y la realización de los objetivos de reducción de emisiones sería más rentable (Apartado 3) (185). Y este marco contable y armonizado para toda la UE era anunciado como el preámbulo imprescindible para la inclusión formal de LULUCF en el objetivo de reducción de gases de efecto invernadero de la Unión (Apartados 1 y 5), lo que podría haber permitido la puesta en marcha de la medida propuesta en el presente trabajo. Empero, dichas normas contables aplicables a la gestión forestal se aprobaron mediante Decisión núm. 529/2013/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2013, sin que en la misma se haya contemplado ninguna medida a favor de los propietarios forestales, fundamentalmente porque los destinatarios de estas normas son los países (art. 6). Es notorio que la UE no se atreve a dar el paso, como ha tenido ocasión de confesar (186).

No obstante, la clave para determinar el valor de la externalidad del secuestro y almacenamiento de carbono por los montes es una cuestión de orden científico, pues para ello se necesita conocer la dinámica del flujo neto de carbono entre el bosque y la atmósfera o, lo que es lo mismo, la cuantificación de la emisión-captura (187). Dependiendo del estado de la técnica dicha valoración podrá materializarse, y ya existen iniciativas al respecto (188). Eso

(183) VELA ORTIZ (2005: 45).

(184) PIZARRO NEVADO (2000: 41).

(185) A lo que hay que añadir que la contabilidad de LULUCF permite así mismo aclarar los beneficios de una bioenergía sostenible al reflejar mejor las emisiones correspondientes, en particular las derivadas de la combustión de la biomasa que, por el momento, no se tienen en cuenta (Apartado 4.3).

(186) En el ya citado Dictamen CESE NAT/655, de 22 de abril de 2015.

(187) PECE *et al.* (sin fecha: 8).

(188) WU *et al.* (2010: 30 y 32). En España destacamos el realizado por TRAGSATEC para diversas Comunidades Autónomas, en donde la fijación de CO₂ es el único valorado dentro de los aspectos ambientales porque sólo para él se dispone de un modelo territorial de comportamiento en el conjunto del territorio; se calculó por el método de costes evitados,

sí, es necesario establecer los mecanismos jurídicos y técnicos precisos para verificar esas valoraciones y evitar fraudes (189), sin perjuicio del posterior precio que el mercado le asigne. A lo que hay que añadir un sistema de cuentas que permita medir la renta económica (190), y que es el único paso reconocido actual y legalmente aunque sólo en la normativa comunitaria. Como bien expresa la EFE: «*Los sistemas contables actuales no permiten al propietario retribuciones por estos beneficios que la sociedad percibe con tal gestión*» (191).

Luego, debe cuantificarse, previa objetivación, en unidades, pudiendo par-tirse de los créditos de carbono del PK, equivalente a una tonelada de dióxido de carbono que ha sido dejada de emitir a la atmósfera, y, en concreto, de las llamadas UDA, es decir, cuotas disponibles para conseguir la eliminación de los gases de efecto invernadero mediante la utilización de sumideros de carbono, distinguiéndose los *Removal Unit* para las forestaciones y reforestaciones, pero que habría que adaptar para el caso de la conservación de las masas forestales ya existentes.

comparando la fijación que realizan los ecosistemas actuales con los costes de reforestación de una masa que fijará la misma cantidad de CO₂ (MINISTERIO DE MEDIO AMBIENTE (2000: 28 y 29). Para PARDOS CARRIÓN (2010: 11) «*El uso múltiple funcional de los bosques exige la medición de la sostenibilidad del sistema, proyectada más allá de la persistencia del sistema productor. Ello implica el desarrollo y aplicación de indicadores de naturaleza económica y ecológica*». También hay que destacar el *Carbon Budget Model of the Canadian Forest Sector* (CBM/CFS 3), que simula la dinámica de los almacenes de CO₂ en relación al PK. En el caso navarro «*La fijación del carbono se valora como el coste de reforestación evitado para producir una fijación equivalente a la que produce la biomasa existente*», es decir, se estima siguiendo el método empleado en *Temperate and boreal forest resource assesment 2000*, y sólo considerando la biomasa procedente de árboles con diámetro normal superior a 7,5 centímetros (fuste, copa, tocón y raíz) (VILLANUEVA ARANGUREN 2003: 431, 482 y 483).

(189) No debe perderse de vista que los Factores de Expansión de la Biomasa (BEF) dependen de la edad, la calidad de la estación y el volumen existentes, y no constan BEFs específicos para el cálculo de la biomasa radical.

(190) Para CAMPOS PALACÍN (2002: 1 y 2) la medición de la renta económica requiere un concepto de renta y un sistema de cuentas: «*Aunque el carácter económico de los beneficios ambientales escasos está aceptado por la ciencia económica, la administración pública no ha regulado un marco normativo de la contabilidad nacional con inclusión de estos bienes (...)*». En España la región piloto ha sido la Comunidad Autónoma de Castilla y León al poner en marcha un sistema de contabilidad de carbono fijado y acumulado por los bosques en el marco del Sistema Nacional de Contabilidad de Carbono (SNCC) como adaptación del citado modelo CBM/CFS 3 canadiense (LIZARRALDE TORRE 2009: 98 y 99).

(191) MINISTERIO DE MEDIO AMBIENTE (2000: 107). Aunque bastaría con legislar del mismo modo que respecto a los derechos de emisión, paralelamente a lo previsto para éstos en el apartado 8º de la Norma Sexta de la Resolución de 28 de mayo de 2013 del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, por la que se dictan normas de registro, valoración e información a incluir en la memoria de inmovilizado intangible (BOE núm. 132, de 3 de junio de 2013).

En definitiva, es precisa, como proposición de *lege ferenda*, y para poder considerar el secuestro de dióxido de carbono como un aprovechamiento intangible, la creación de un mecanismo legal de concreción, de compraventa y de valoración, a fin de permitir que actúe en el mercado como tal, y que, quizás no se han puesto en marcha por falta de cobertura del PK, pues excluye, como se ha visto, de esta cuestión a los montes españoles y su conservación. Por ello, ese mecanismo, además, debería incluir a los bosques anteriores a 1990, aunque fueran naturales u ordenados.

2. La enajenación de los mencionados derechos de captura

Esta cuestión se configura como más teórica que real, pues en la práctica no existe, todavía, un mecanismo específico para ello, fundamentalmente debido a la falta de voluntad política que reconozca este derecho intangible, lo que supone contemplar por un lado los medios que lo valoren y, por otro, los cauces que permitan determinar y regular un mercado efectivo de compraventa. Además, y como se ha visto, una de las características de las externalidades es su falta de objetivación, es decir, la imposibilidad de cosificarlas y considerarlas de ese modo como aprovechamiento, aunque fuera intangible, en cuyo caso su enajenación carecería de impedimentos.

Cosificada la externalidad de la manera indicada, estaríamos ante un aprovechamiento intangible al ser ya un producto y no un servicio, y el siguiente paso sería dotarle de un valor, mediante los procedimientos ya expuestos. Después ya sólo queda materializar el aprovechamiento de captura de carbono en instrumentos de compraventa, que vendría determinado por unidades de superficie forestal y por las condiciones de la vegetación y su potencialidad para fijar el carbono. Para la doctrina (192) la rentabilidad podría ser alta e implicar flujos financieros significativos para el sector forestal (193). Así, la Administración pública intervendría en el proceso en dos ámbitos. Una, general, sería la de asignar previamente los derechos de captura a cada monte, sean públicos o privados, y registrarlos, al modo del actual Registro nacional de derechos de emisión, de titularidad pública y adscrito a la autoridad ambiental estatal, que asegurara su existencia reconocida, su titularidad y su

(192) LJUNGMAN *et al.* (1999: 34).

(193) A modo de ejemplo, el mercado de derecho de emisiones en 2006 generó 2.200 millones de euros sólo en España, a 22,00.- € la tonelada (GÓMEZ 2006: 5), habiéndose calculado que en los montes de Castilla y León, partiendo de 21,50.- € la tonelada de carbono, que ese mercado generaría 61,63 millones de euros, sobrepasando el valor de los ingresos anuales por aprovechamientos de madera en pie de todos los montes de esa Comunidad Autónoma (GARCÍA SASETA 2004: 7).

contabilidad actualizada (194), además de proceder a vigilar y controlar las transmisiones sucesivas de los derechos, obteniendo la debida información de los mismos. Estos derechos le corresponderían *ex lege* y directamente al titular del monte en virtud del derecho de propiedad, sin necesidad de ninguna otra operación, estando sujeto eso sí, a cuantas obligaciones procedan a favor de terceros, como el porcentaje de mejoras o el pago de impuestos (195). La segunda función sería a título de propietario forestal, y por lo tanto ceñida a los montes de su titularidad, de tal modo que podría disponer (196) de dichos derechos, como cualquier otro aprovechamiento intangible más, obteniendo el correspondiente rendimiento. Derechos que, posteriormente, podrían ser nuevamente transmitidos en los mercados secundarios. La enajenación de estos derechos, a diferencia de los propietarios forestales privados, deberá estar sujeta al Derecho Administrativo y, por tanto, a la normativa de contratación del sector público como cualquier otro aprovechamiento forestal, salvo que específicamente se contemplara alguna particularidad. Una vez desprendidos de la titularidad pública, los derechos podrán transmitirse conforme las reglas previstas en el Derecho privado y sus especialidades, de existir. En todo caso, y en virtud de sus obligaciones de control, la Administración pública no se desvincularía totalmente de estos derechos, pues aunque la intervención pública pueda ser mínima en ningún caso ha de eliminarse como requisito de efectividad real, como ocurre, por otro lado, con todos los instrumentos de mercado en la tutela ambiental (197).

La naturaleza jurídica de estos aprovechamientos sería la de un derecho real, pues le corresponde originariamente al propietario forestal (198). Por lo tanto, y al igual que los derechos de emisión, se trata de un derecho subje-

(194) JUNCEDA MORENO (2005: 110). Tampoco cabe descartar que este control se externalice a través de los Registros Mercantiles, habiéndose propuesto ya también para registrar los derechos de emisión y sus transferencias como parte de la actividad empresarial (BALLESTEROS y RODRÍGUEZ DEL VALLE 2002: 86 a 88).

(195) Se estaría ante el mismo caso que los derechos de emisión, en que, como reconoce la STJCE de 8 de septiembre de 2011, C-279/2008, Comisión contra Países Bajos, este sistema le otorga una ventaja económica a sus destinatarios, en la medida en que prevé el carácter negociable de tales derechos, lo que ha de considerarse como una ventaja económica que el particular beneficiario no habría obtenido en condiciones normales de mercado.

(196) Como se le reconocen a los derechos de emisión en virtud del art. 6 (PK).

(197) GONZÁLEZ RÍOS (2006: 189 y 190). La STS, Sala de lo Contencioso, de 26 de junio de 2014, rec. núm. 276/2013, Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Calvo Rojas, ya se ha encargado de resaltar que «(...) *la labor de la Administración no se agota con la decisión de asignación de derechos sino que debe continuar en las tareas de verificación y control (...)*» (F.D. 4°).

(198) Desde luego no son una subvención, pues se trata de una retribución equitativa por el valor de los servicios ambientales (RODRÍGUEZ ZÚÑIGA 2003: 31).

tivo (199), pero al contrario que en éstos, su titular originario no puede ser el Estado, que los distribuye o enajena, sino sólo el propietario forestal. Una vez determinadas las unidades del aprovechamiento en cada monte y asignada su titularidad patrimonializada al propietario, se hará efectivo el derecho, quien podrá transmitirlo a terceros como cualquier bien mueble (200). Por ello se diferencia de los derechos de emisión, pues la titularidad de éstos no conlleva las facultades inherentes al derecho de propiedad (201). Además, los derechos de emisión caducan (202), lo que no debería pasar con la captura de CO₂, pues ésta se ha producido de todos modos de una forma ajena a la voluntad del propietario. Sólo cabría entender su extinción en caso de que el CO₂ volviera a la atmósfera, por ejemplo en caso de incendio, pues el carbono que sirvió de base para el cálculo de los derechos ha vuelto a liberarse. Esta disposición serviría como medida preventiva de los incendios, debiendo responder el propietario del secuestro de ese carbono.

De este modo se configuraría un auténtico instrumento económico, por ser un sistema que utilizaría el sistema de precios y los mecanismos de mercado para obtener un objetivo determinado. Y se adjetiva como económico puesto que influirían sobre los costes y beneficios de las diferentes posibilidades de acción entre las que pueden elegir los agentes económicos, incentivando a dirigir o modificar sus acciones en un sentido favorable para el Medio Ambiente (203). El uso de este tipo de instrumentos cumple con el requisito que fija el CESE para su aplicación en políticas ambientales, es decir, cuando

(199) Art. 2, apartado a) (LCDE). Entendiendo por derecho subjetivo la facultad de obrar válidamente, dentro de ciertos límites, y de exigir de los demás, por un medio coactivo, en la medida de lo posible, el comportamiento correspondiente, otorgada por el ordenamiento jurídico a un sujeto de voluntad capaz o de voluntad suplida por la representación, para la satisfacción de sus fines e intereses (CASTÁN TOBEÑAS 1940: 130).

(200) Para IBARRA SARLAT (2006: 377) la compraventa de derechos de emisión se podría equiparar a un contrato de compraventa-inversión, donde se venden derechos sobre un bien inmaterial para el consumo empresarial a cambio del pago de un precio cierto y en dinero. Y, en paralelo a los créditos de carbono, podrían adquirirse y enajenarse (art. 10.2 del citado Real Decreto 1494/2011, de 24 de octubre).

(201) ÁLVAREZ FERNÁNDEZ (2006: 242). En esta misma línea, FORTES MARTÍN (2004: 105) les aplica el mismo régimen que el vigente en el sistema estadounidense, conforme al cual la posesión de cuotas no constituye un auténtico derecho de propiedad admitiéndose, incluso, su limitación o extinción sin generar indemnización por no reunir en ningún caso el título de propietario.

(202) GONZÁLEZ RÍOS (2006: 198 y 199).

(203) IBARRA SARLAT (2006: 373), que apunta las dos características básicas de estos instrumentos: funcionan en atención de los precios, y dejan a los sujetos privados la responsabilidad de elegir su medio de acción, lo que les permite ir más allá de lo que les exigiría una norma restrictiva.

tras ellos exista y sea perceptible un objetivo ambiental concreto (204), en este caso la conservación de los montes bajo el principio del desarrollo sostenible.

No obstante, existen graves inconvenientes aún por determinar, y a las que el legislador estatal (205) aún no se ha propuesto dar puntual solución: método exacto para concretar, comercializar y contabilizar esos instrumentos; un método para calcular la retención de carbono en los bosques; y la posición relativa de la inversión forestal en la curva de reducción de los costes (206).

Y hablamos bien de legislador estatal, pues ante un instrumento dirigido a facilitar la participación del Estado en los mercados de carbono, a través de operaciones jurídicas tanto de adquisición como de enajenación, a través de cualquier negocio jurídico válido en Derecho, se actuaría bajo el título competencial de las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica (art. 149.1.13 CE). El problema radica en que concurre, así mismo, dentro de la competencia en materia ambiental del art. 149.1.23 (CE), lo que podría suponer un conflicto competencial con las Comunidades Autónomas. Esta cuestión ha sido resuelta por la reciente STC 15/2018, de 22 de febrero, Conflicto Positivo de competencia 1245/2012, Ponente: Excmo. Sr. D. Ricardo Enríquez Sancho, precisamente al analizar el citado FES-CO₂, pues aunque evidencia una interdependencia de las políticas económica y ambiental para alcanzar el objetivo de desarrollo sostenible, y determine que se presentan conexiones más estrechas con la materia ambiental, y ésta es la regla competencial más específica (F.J. 5º), también es cierto que no es posible fraccionar la actividad pública, requiriendo un grado de homogeneidad que sólo puede garantizar su atribución a un único titular, forzosamente el Estado, a fin de armonizar intereses contrapuestos (F.J. 9º). Por ello, y mientras no se regulen cuestiones de desarrollo y se estén eludiendo los mecanismos de cooperación o de coordinación, la regulación de esta propuesta le corresponde al Estado.

V. CONCLUSIONES

Partiendo de la indudable función ambiental de los montes como sumideros de carbono, se destaca la escasa normativa nacional en este tema, que,

(204) Dictamen del CESE NAT/253 sobre el «Libro Verde sobre la utilización de instrumentos de mercado en la política de medio ambiente y otras políticas relacionadas», de 13 de diciembre de 2007 (Apartado 4.3), reconociendo que los instrumentos de mercado son una buena posibilidad de alcanzar de manera rentable los objetivos de protección del Medio Ambiente (Apartados 1.4 y 2.7).

(205) Art. 149.1.13º (CE). En todo caso el primer título inscribible sería otorgado por la Administración estatal a través de resoluciones o certificaciones administrativas.

(206) LJUNGMAN *et al.* (1999: 34).

aunque reconoce nominalmente dicha condición, le niega las consecuencias jurídico-prácticas que de ello se derivarían.

Más numerosa es la documentación integrada en el proceso del PK, cuya única virtualidad práctica para los bosques españoles, tras un estudio retrospectivo, es que permitió a los países desarrollados que pudieran optar por incluir en sus inventarios nacionales de GEIs los efectos de esta ordenación forestal, es decir, fomentar esa función ambiental de los bosques a través de la silvicultura, posibilidad a la que España se acogió en su momento.

Ello implica un grave problema, pues el PK sólo tiene en cuenta los bosques de nueva creación, relegando a los bosques anteriores a 1990 en los países desarrollados a la categoría secundaria de reservorios, lo que su función de captura queda excluida de la contabilidad del proceso del PK. Como consecuencia, la normativa no reconoce esta función como un derecho intangible del propietario, por lo que no deja de ser una mera externalidad, sin posibilidad de dotarla de rentabilidad económica.

El reciente AP, a pesar de reconocer tanto la condición de sumidero de carbono de los bosques como el derecho de los propietarios forestales a percibir una contraprestación por ello, ha dejado en manos de cada país contribuir a la reducción de CO₂ mediante actuaciones forestales.

A fin de solventar esta situación se propone *de lege ferenda* una nueva normativa para que el propietario forestal español sea compensado por su esfuerzo conservacionista, con independencia de la fecha de creación del bosque. Para ello es preciso, previa valoración, cosificar el derecho de captura y almacenamiento de carbono por los bosques, crear una unidad y permitir su contabilidad, para luego establecer un sistema que permita su enajenación y comercialización con la debida seguridad jurídica.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- AGUILAR ROJAS, Grethel: *En busca de una distribución equitativa de los beneficios de la biodiversidad y el conocimiento indígena*, Ed. UINC, San José (Costa Rica), 2005, 390 pp.
- ALCALDE, Jorge: «*Las mentiras del cambio climático. Un libro "ecológicamente incorrecto"*», Ed. Libroslibres, Madrid, 2007, 208 pp.
- ALLI ARANGUREN, Juan-Cruz: *El Derecho Forestal de Navarra*, Ed. Gobierno de Navarra, Pamplona, 2009, 788 pp.
- ALMODÓVAR, Ana *et al*: «Global warning threatens the persistence of Mediterranean brown trout», *Global Change Biology* núm. 18 (2012): 1549-1560.
- ÁLVAREZ CABRERO, Juan Carlos: «Fondo de mejora de los bosques mundiales», *Rev. Forestalis* núm. 16 (2010): 22-25.

- ÁLVAREZ FERNÁNDEZ, Mónica: «La emisión de gases de efecto invernadero y su régimen de intercambio», *RAP* núm. 170 (2006): 227-260.
- ARAGÓN RUANO, Álvaro: «Una longeva técnica forestal: los trasmochos o desmoches guiados en Guipúzcoa durante la Edad Moderna», *Rev. Espacio, tiempo y forma*, Serie IV Historia Moderna núm. 22 (2009): 73-105.
- ARANGO CASTAÑO, Beatriz Elena: «Sumideros de carbono en el marco del Protocolo de Kyoto», *Memorando de Derecho* núm. 2 (2011): 13-21
- AVANZI, Silvano: *Demanio e Ambiente. Effetti della normazione ambientali sulla gestione dei beni pubblici*, Ed. Cedam, Milán, 1998, 309 pp.
- ÁVILA, Gonzalo; DELGADO, Carolina; HURTADO, Fernando; e ILABACA, David: *Productos forestales no madereros*, Ed. Universidad de Chile, Santiago de Chile, 2004, 231 pp.
- AYALA-CARCEDO, Francisco José: *Impactos del cambio climático sobre los recursos hídricos en España y viabilidad del Plan Hidrológico Nacional 2000, 2002*, disponible en <http://tierra.rediris.es/documentos/cambioclima.pdf>, 17 pp.
- AYESTARÁN ÚRIZ, Ignacio: «De la historia y la sociología ambientales a la ecología política: factores tecnocientíficos, sociohistóricos y ecosistémicos en la investigación sobre el cambio climático», *Norba, Revista de Historia* núm. 17 (2004): 111-134.
- AZQUETA, Diego: «La problemática de la gestión óptima de los recursos naturales: aspectos institucionales», en vol. col.: *Análisis económicos y gestión de recursos naturales*, Ed. Alianza Editorial, Madrid, 1994, pp. 51-72.
- BALLESTEROS, Manuel y RODRÍGUEZ DEL VALLE, José Antonio: «Derecho Medioambiental y Registro Mercantil», en vol. col.: *Medioambiente y publicidad registral. El Registro de la Propiedad y Mercantil como instrumento al servicio de la sostenibilidad*, Ed. Registradores de España, 2002, pp. 80-88.
- BARCELONA LLOP, Javier: «Aprovechamientos forestales», en vol. col. Luis Calvo Sánchez (coord.): *Comentarios sistemáticos a la Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de Montes. Estudios de Derecho Forestal estatal y autonómico*, Ed. Thomson/Cívitas, Cizur Menor, 2005, pp. 921-955.
- BARRIENTOS FERNÁNDEZ, Fernando: «Los montes y el medio ambiente en España», *Rev. Montes* núm. 190 (1978): 55-66.
- BELMONTE GRACIA, Carlos: *Derecho Urbanístico*, Ed. Ediciones GPS, 2ª edición, Madrid, 2009, 704 pp.
- BRAGAT, José: *Influencia de los montes en la hidrología de un país*, Impr. Del Hospicio, Zaragoza, 1879, 20 pp.
- BUENO RUBIAL, María del Pilar: «El Acuerdo de París: ¿una nueva idea sobre la arquitectura climática internacional?», *Rev. Relaciones Internacionales* núm. 33 (2016): 75-95.

- BÜNTGEN, Ulf; EGLI, Simon; GALVÁN, J. Diego; DÍEZ, Jeffrey M.; ALDEA, Jorge; LATORRE, Joaquín; y MARTÍNEZ PEÑA, Fernando: «Drought-induced changes in the phenology, productivity and diversity of Spanish fungi», *Rev. Fungal Ecology* núm. 16 (2015): 6-18.
- BUSTILLO BOLADO, Roberto O. y MENÉNDEZ SEBASTIÁN, Eva María: *Desarrollo rural y gestión sostenible del monte*, Ed. Iustel, Madrid, 2005, 286 pp.
- CABEZAS CEREZO, Juan de Dios: «Los recursos forestales en la Región de Murcia», en vol. col. Francisco Alcaraz y Miguel Ángel Esteve (coords.): *Los sistemas forestales*, Ed. Universidad de Murcia, Murcia, 2003, pp. 227-294.
- CÁCERES, Pedro: «Estoy a favor de una tasa global sobre el CO₂», *El Mundo* (14/06/2011), p. 27.
- CALVO SÁNCHEZ, Luis: *La génesis histórica de los montes catalogados de utilidad pública (1855-1901)*, Ed. Ministerio de Medio Ambiente, Madrid, 2001, 427 pp.
- CALVO SÁNCHEZ, Luis y COLOM PIAZUELO, Eloy: «Las cuestiones generales de la nueva Ley», en vol. col. Luis Calvo Sánchez (coord.): *Comentarios sistemáticos a la Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de Montes. Estudios de Derecho Forestal estatal y autonómico*, Ed. Thomson/Cívitas, Cizur Menor, 2005, pp. 383-455.
- CAMPOS PALACÍN, Pablo: «Rentas ambientales de la agricultura», Ponencia impartida en la Jornada Temática *Aspectos Medioambientales de la Agricultura*, celebrada en Madrid el 18 de julio de 2002, 5 pp.
- CARDELS I ROMERO, Francisco: «200 aniversario de la memoria premiada por la Real Sociedad Económica de Amigos del País de Valencia: Los montes del reino de Valencia (F. de la Croix, 1800) y comentarios actuales (F. Cardells, 2000)», en vol. col: *Mesa redonda sobre los montes valencianos ayer, 2000*, disponible en http://rseap.webs.upv.es/Anales/99_00/A_635_696_Los_montes_valencianos_ayer.pdf, pp. 678-696.
- CASTÁN TOBEÑAS, José: «El concepto del derecho subjetivo», *Rev. Derecho Privado* núm. 281 (1940): 121-131.
- CIERCO SEIRA, César: «La participación de los ciudadanos en la gestión sostenible de los montes», en vol. col. Luis Calvo Sánchez (coord.): *Comentarios sistemáticos a la Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de Montes. Estudios de Derecho Forestal estatal y autonómico*, Ed. Thomson/Cívitas, Cizur Menor, 2005, pp. 341-379.
- CONDE ANTEQUERA, Jesús: «La compensación de impactos ambientales mediante adquisición de créditos de conservación: ¿una nueva fórmula de prevención o un mecanismo de flexibilización del régimen de evaluación ambiental?», *RVAP* núm. especial 99-100 (2014): 979-1005.

- CORRAL, Miguel G: «La guerra del carbono», *El Mundo Natura* núm. 9 (09/12/2006), pp. 13.
- DEL ÁLAMO JIMÉNEZ, José Carlos: *Bosques y cambio climático: la función de los bosques como sumideros de carbono y su contribución al cumplimiento del Protocolo de Kyoto por parte de España*, Ponencia de 17 de diciembre de 2007, disponible en http://www.typsa.es/pdf/articulos_ponencias/bosques.pdf, 28 pp.
- DEPARTAMENTO DE COMUNICACIÓN DEL CSIC: «Praderas submarinas: retienen más carbono que los bosques», *Rev. Quercus* núm. 317 (2012): 12-13.
- DESANKER, Paul V: «El Protocolo de Kyoto y el MDL en África: buena idea, pero ...», *Rev. Unasyuva* núm. 222 (2005): 24-26.
- ELLIOTT, Chris: «Integración de REDD en el régimen climático post 2012», *Rev. Arborvitae* núm. 40 (2009): 11.
- ESTRADA LÓPEZ, Bruno: «Termómetro de la lucha contra el cambio climático», *Rev. Daphnia* núm. 53 (2010), pp. 18.
- FAGAN, Brian: *El gran calentamiento*, Ed. Gedisa, Barcelona, 2009, 350 pp.
- FERNÁNDEZ TOMÁS, J. Gonzalo: «El marco institucional para el desarrollo forestal», *Revista Agricultura y Sociedad* núm. 10 (1979): 275-287.
- FIGUERES, Christiana: *El Batik de Bali: diseño del régimen climático post 2012*, disponible en <http://www.figueresonline.com/publications/balibatikespanol.pdf>, 2007. 16 pp.
- FONSECA, W.; NAVARRO, G.; ALICE, F.; y REY-BENEGAS, J.M: «Impacto económico de los pagos por carbono y servicios ambientales en las inversiones forestales en la región Caribe de Costa Rica», *Rev. Ecosistemas* núm. 21 (2012): 21-35.
- FONT TULLOT, Inocencio: «El aumento antropogénico del CO2 atmosférico: maldición o bendición», *Cuadernos de la Sociedad Española de Ciencias Forestales* núm. 7 (1998): 13-17.
- FORTES MARTÍN, Antonio: «Reflexiones a propósito del futuro Régimen Europeo de Intercambio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero», *RADA* núm. 5 (2004): 89-113.
- FRESNEDA, Carlos: «Fukushima sobrevivió a lo inimaginable, lo que prueba que la energía nuclear tiene futuro», *El Mundo* (09/04/2011), pp. 22 y 23.
- GARCÍA-ÁLVAREZ, Gerardo: «Jurisprudencia del Tribunal Supremo: la anulación de asignaciones individuales de derechos de emisión de gases de efecto invernadero y otras cuestiones ambientales», en el vol. col. Fernando LÓPEZ RAMÓN (coord.): *Observatorio de Políticas Ambientales 2009*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2009, pp. 249-293.
- GARCÍA ASENSIO, José Miguel: *Análisis jurídico de los aprovechamientos forestales en España*, Ed. Atelier, Barcelona. 2017, 741 pp.

- GARCÍA MARTINO, Francisco (dir.): «Nuevo proyecto de Ley de Montes», *RFEA* (1873), Tomo VI: 17-256.
- GARCÍA ROBREDO, Fernando (dir.): *Manual de buenas prácticas forestales*, Ed. Colegio de Ingenieros de Montes, Madrid, 2002, 80 pp.
- GARCÍA SASETA, José Ramón: «Los derechos de emisión de CO₂», *Rev. Forestalis de Castilla y León* núm. 3 (2004): 6 y 7.
- GÓMEZ, Carlos: «Europa saca plusvalías al CO₂», *El País Negocios* núm. 1053 (08/01/2006), pp. 5 y 6.
- GÓMEZ MENDOZA, Josefina: «El marco jurídico y las formas de explotación de los montes en España», en vol. col. Asociación de Geógrafos Españoles *VI Coloquio de Geografía Rural. Ponencias*, Ed. Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 1992, pp. 79-143.
- GONZÁLEZ-DONCEL, Inés y GIL, Luis: «Dasonomía y práctica forestal», en vol. col. Manuel Silva Suárez (ed.): *Técnica e ingeniería en España. Vol. II El ochocientos. De las profundidades a las alturas*, Ed. Institución Fernando el Católico, Zaragoza, 2013, pp. 559-602.
- GONZÁLEZ GÓMEZ, Anastasio: *La Región de «El Valle»*, Ed. Sociedad Económica Numantina de Amigos del País, Soria, 1931, 53 pp.
- GONZÁLEZ RÍOS, Isabel: «Instrumentos de mercado en la tutela ambiental. Una visión actualizada sobre su implantación», *Rev. Andaluza de Administración Pública* núm. 64 (2006): 187-229.
- GROOME, Helen: «Historia de la política forestal», en vol. col. Carmen ORTEGA HERNÁNDEZ-AGERO (coord.): *El libro rojo de los bosques españoles*, Ed. ADENA/WWF España, Madrid, 1989, pp. 137-149.
- GUTIÉRREZ DEL OLMO, Enrique Valero y PICOS MARTÍN, Juan: «Los bosques como sumideros de carbono: una necesidad para cumplir con el Protocolo de Kioto», *Rev. Montes* núm. 77 (2004): 44-49.
- GUTIÉRREZ ENDARA, Nelson y JIMÉNEZ NOROA, Sandra: *El financiamiento del desarrollo sostenible en el Ecuador*, Ed. PNUD. Santiago de Chile. 2005, disponible en <http://www.eclac.cl/publicaciones/MedioAmbiente>, 84 pp.
- HERRANDO PÉREZ, Salvador: «El enrarecido clima del cambio climático», *Rev. Quercus* núm. 319 (2012): 54-55.
- HYVÄRINEN, Esa: «Los inconvenientes del comercio de emisiones de la Unión Europea: consideraciones de la industria de la pasta y el papel», *Rev. Unasyva* núm. 222 (2005): 39-41.
- IBARRA SARLAT, Rosalía: «El comercio de emisiones, instrumento económico aplicable al problema del cambio climático», *Rev. Aranzadi de Derecho Ambiental* núm. 9 (2006): 369-388.
- IGLESIAS, Ana: «Cambio climático: perspectivas para el sector forestal», *Rev. Forestalis* núm. 17 (2011): 20-21.

- INSTITUTO NACIONAL DE BOSQUES: *Agenda Nacional Forestal de Guatemala en el marco del Programa Forestal Nacional*, Ed. Serviprensa, Guatemala. 2004, disponible en <http://www.inab.gob.gt>, 49 pp.
- IRIARTE GOÑI, Iñaki: «La obra de Octavio Elorrieta (1881-1962). El monte al servicio de la economía», *Rev. Historia Agraria* núm. 48 (2009): 133-159.
- «La pervivencia de bienes comunales y la teoría de los derechos de propiedad. Algunas reflexiones desde el caso navarro, 1855-1935», *Rev. Historia Agraria* núm. 15 (1998): 113-140.
- JORDANA, José: «Desamortización forestal», *Revista Forestal* núm. III (1870): 256-269.
- JUNCEDA MORENO, Javier: *Comentarios a la Ley 1/2005, de 9 de marzo, de comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero, y a la normativa complementaria de aplicación del Protocolo de Kyoto*, Ed. Civitas/Thomson, Cizur Menor, 2005, 360 pp.
- KÄGI, Wolfram y SCHMIDTKE, Hubertus: «¿Quién recibe el dinero? ¿Qué esperan los propietarios de bosques del Protocolo de Kyoto?», *Rev. Unasylva* núm. 222 (2005): 35-38.
- KUNZIG, Robert: «Un mundo sin hielo», *Rev. National Geographic España* núm. 5 (vol. 30): 5-21.
- «Datos inequívocos», *Rev. National Geographic España* núm. Especial Cambio Climático, Barcelona, 2008, pp. 23-25.
- LARA GONZÁLEZ, José David: «¿Cambio climático o pantalla climática? Performatividad, creencias, realidad y verdad», *Nómadas. Rev. Crítica de Ciencias Sociales y Jurídicas* núm. 27 (2010). 34 pp.
- LEGUINA VILLA, Jesús: «Las facultades dominicales de la propiedad forestal», *REDA* núm. 3 (1974): 447-472.
- LIZARRALDE TORRE, Íñigo: «Castilla y León, región piloto del futuro sistema nacional de contabilidad de carbono (SNCC)», *Rev. Foresta* núm. 45 (2009): 98 y 99.
- LJUNGMAN, C. Lennart S.; MARTIN, R. Michael; y WHITEMAN, Adrian: *Más allá de la ordenación forestal sostenible: oportunidades y desafíos para una mejor ordenación forestal en el próximo milenio*, Ed. FAO, Roma, 1999, 48 pp.
- LEÓ SILVESTRE, Antonio: *Conexión de tres políticas. Seguridad Social y fomento de los montes*, Ed. Escuela Especial de Ingenieros de Montes, Madrid, 1951, 42 pp.
- LOMBORG, Bjorn: *El ecologista escéptico*, Ed. Espasa Calpe, Madrid, 2003, 632 pp.
- LÓPEZ, Ramón y OCAÑA, Claudia: *Por qué América Latina debe participar en el comercio mundial de las emisiones de carbono: los derechos comercia-*

- bles como fuente de financiamiento para un desarrollo sostenible, 2006, disponible en http://educogas.org/Portal/bdigital/contenido/interamer/interamer_69es/america/index.aspx?culture=pt&navid=230&Highlight=true&Search=ZWR1Y2F0aXZh, 14 pp.
- LÓPEZ RAMÓN, Fernando: «Elementos vertebradores de la actuación pública forestal», *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental* núm. 1 (2002): 29-37.
- MANSOURIAN, Stephanie; BELOKUROV, Alexander; y STEPHENSON, Peter J.: «La función de las áreas forestales protegidas en la adaptación al cambio climático», *Rev. Unasylya* núm. 231/232 (vol. 60) (2009): 63-69.
- MARINA JALVO, Belén: «La Cumbre de La Haya sobre el cambio climático», *Rev. Justicia Administrativa* núm. 12 (2001): 279-284.
- MAROSCHEK, Michael; SEIDL, Rupert; NETHERER, Sifrid; y LEXER, Manfred J.: «Repercusiones del cambio climático en los bienes y servicios proporcionados por los bosques de montaña de Europa», *Rev. Unasylya* núm. 231/232 (vol. 60) (2009): 76-80.
- MARTÍN BERNAL, José Manuel: «Notas resumidas sobre Kioto», *RDUMA* núm. 218 (2005): 167-183.
- MARTÍN MATEO, Ramón: «Los servicios ambientales del monte», *Rev. Española de Administración Local* núm. 288 (2002): 57-78.
- «La aportación de la biomasa al aprovechamiento energético», *Revista Andaluza de Administración Pública* núm. 60 (2005): 35-47.
- MARTÍNEZ-ABRAÍN, Alejandro: «Las apariencias engañan», *Rev. Quercus* núm. 268 (2008): 6-7.
- MINISTERIO DE MEDIO AMBIENTE: «*Estrategia Forestal Española*», Ed. Organismo Autónomo de Parques Nacionales, Madrid, 2000, 240 pp.
- MOUTINHO, Paulo; SANTILLI, Marcio; SCHWARTZMAN, Stephan; y RODRIGUES, Liana: «¿Por qué ignorar la deforestación tropical? Una propuesta de incluir la conservación de los bosques en el Protocolo de Kyoto», *Rev. Unasylya* núm. 222 (2005): 27-30.
- ORTIZ, Rosalba y KANNINEN, Markku: «Evaluación económica del servicio de sumidero de carbono en diferentes ecosistemas forestales», *Actas de la IV Semana Científica*, Ed. CATIE, Turrialba, 1999, pp. 401 a 404.
- PARDOS CARRIÓN, José Alberto: *Ciencia, tecnología y montes*, disponible en http://www.revistamontes.net/descargas/revista/2010_100_Ciencia_Tecnología_y_Montes.pdf, 26 pp.
- PECE, Marta G.; DE BENÍTEZ, Celia; DE GALÍNDEZ, Margarita; y ACOSTA, Marcia: *Bosques y forestaciones como sumideros de carbono en el parque chaqueño*, disponible en http://fcf.unse.edu.ar/eventos/2-jornadas-forestales/pdfs/Bosques_y_forestaciones_como_sumideros_de_carbono_en_el_parque_chaqueno.pdf, sin fecha. 12 pp.

- PIZARRO NEVADO, Rafael: *Conservación y mejora de terrenos forestales. Régimen jurídico de las repoblaciones*, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2000, 491 pp.
- PLAZA MARTÍN, Francisco Javier: «La función ambiental de los montes: gestión, restauración y conservación», *REL* núm. extraordinario (julio 2001): 350-362.
- PONZ, Antonio: *Viage de España*, Tomo XI. 2ª edición, Imp. Viuda de Ibarra, Hijos y Compañía, Madrid, 1787, 303 pp.
- PUIG SALES, Ramiro: «Agricultura y explotaciones forestales (el espacio rural, ordenación y utilización)», XVII Semana de Estudios Superiores de Urbanismo, *Temas de Administración Local* núm. 52 (1993): 59-94.
- REDACCIÓN DE EL CONSULTOR DE LOS AYUNTAMIENTOS: *Manual de Montes y Guardería Rural*, Ed. El Consultor de los Ayuntamientos, 2ª edición, Madrid, 1884, 326 pp.
- REYES, Óscar: *Cuando el dinero crece en los árboles*, de 22 de febrero de 2008, disponible en http://www.tni.org/detail_page.phtml?act_id=17970&menu=11c&print_format=Y, 2 pp.
- RIBÓN SÁNCHEZ, Mariano: *Verdades y falsedades sobre el cambio climático*, Ed. Morales i Torres, Barcelona, 2009, 128 pp.
- ROBLEDO, Carmenza: «Opciones de financiamiento para REDD-plus: lo que está en juego», *Rev. Arborvitae* núm. 40 (2009): 12.
- RODRÍGUEZ-CHAVES MIMBRERO, Blanca: *La gobernanza rural y los contratos territoriales como instrumento para materializar el Pago por Servicios Ambientales (PSA)*, Ponencia 6º Congreso Forestal Español. 2013. 12 pp.
- «Montes y medio ambiente: perspectivas nuevas, retos nuevos», en vol. col. Fernando LÓPEZ RAMÓN (coord.): *Observatorio de Políticas Ambientales 2016*, Ed. CIEDA-CIEMAT, Madrid, 2016, pp. 659-699.
 - «Apuesta por los montes como sumideros de carbono y como fuente de riqueza en el ámbito rural», en vol. col. Fernando LÓPEZ RAMÓN (coord.): *Observatorio de Políticas Ambientales 2017*, Ed. CIEDA-CIEMAT, Madrid, 2017, pp. 455-482.
- RODRÍGUEZ ZÚÑIGA, Jorge M: «Pago por los servicios ambientales: la experiencia de Costa Rica», *Rev. Unasyva* núm. 212 (2003): 31-33.
- ROJAS BRIALES, Eduardo: «Presentación», en vol. col. Luis M. JIMÉNEZ HERRERO (dir.): *Informe Sostenibilidad en España 2011*, Ed. Observatorio de la Sostenibilidad en España, Madrid, 2011, 426 pp.
- ROSAS, Carlos Alberto: «Sumideros de carbono: ¿solución a la mitigación de los efectos del cambio climático?», *Rev. Ecosistemas* núm. 3 (2002): 6 pp.
- RUBIO DE URQUÍA, Javier: «Las negociaciones internacionales sobre cambio climático», *Rev. de Economía ICE* núm. 822 (2005): 13-24.

- RUIZ DE LA TORRE, Juan: «Panorámica de las utilidades del monte», Conferencia de clausura VI Jornadas Forestales *El monte productor de madera, corcho, frutos y energía* (12 de noviembre de 2009), Universidad de Huelva, disponible en <http://www.uhu.es/6jornadasforestales>. 13 pp.
- RUIZ PÉREZ, Manuel y LLORCA CASANUEVA, Álvaro: «Economía y producción forestal», en vol. col. Carmen Ortega Hernández-Agero (coord.): *El libro rojo de los bosques españoles*, Ed. Adena/WWF, Madrid, 1989, pp. 299-314.
- SANZ RUBIALES, Íñigo (dir.): *El mercado europeo de derechos de emisión: balance de su aplicación desde un perspectiva jurídico-pública (2008-2012)*, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2010, 218 pp.
- SARASÍBAR IRIARTE, Miren: «Política española ante el cambio climático», *Rev. Aranzadi de Derecho Ambiental* núm. 6 (2004): 215-227.
- *El Derecho Forestal ante el cambio climático: las funciones ambientales de los bosques*, Ed. Thomson/Aranzadi, Cizur Menor, 2007, 301 pp.
 - «La regulación jurídica de los mecanismos de flexibilidad basados en proyectos como medio para combatir el cambio climático», *Rev. Aranzadi de Derecho Ambiental* núm. 22 (2012): 281-300.
 - «Cambio climático: su regulación jurídica como grave problema ambiental», en vol. col. Fernando LÓPEZ RAMÓN (coord.): *Observatorio de Políticas Ambientales 2016*, Ed. CIEDA-CIEMAT, Madrid, 2016, pp. 875-896.
- SCHNEIDER, S.H: *Science as a contact sport: inside the battle to save Earth's climate*, National Geographic, Washington, 2009, 297 pp.
- SCHOENE, Dieter y NETTO, María: «¿Qué significa el Protocolo de Kyoto para los bosques y la silvicultura?», *Rev. Unasylya* núm. 222 (2005): 3-11.
- SEDJO, Roger A: «De la recolección al cultivo: la transición a las plantaciones forestales y sus repercusiones sobre la oferta y demanda de madera», *Rev. Unasylya* núm. 204 (2001), disponible en www.fao.org.
- SOLANO, Pedro: «Nueve instrumentos legales para la conservación privada», *Bol. Informativo de la Sociedad Peruana de Derecho Ambiental* núm. 1 (2005): 5-7.
- TREVÍN, Jorge O: «Forestación y cambio climático: los certificados percederos de reducción de emisiones, visibles bajo los nubarrones de La Haya», *Rev. SAGPyA Forestal* núm. 18 (2001), pp. 2-9.
- TROUWBORST, Arie: «La adaptación de la flora y la fauna al cambio climático en un paisaje fragmentado, y el Derecho Europeo sobre la conservación de la naturaleza», *Rev. Catalana de Dret Ambiental* vol. II núm. 2 (2011): 1-18.
- TUTTLE, Andrea y ANDRASKO, Kenneth: «Registros de datos e investigación: mitigación del cambio climático y silvicultura en los Estados Unidos», *Rev. Unasylya* núm. 222 (2005): 42-48.

- VÁZQUEZ RODRÍGUEZ, María Xosé; PRADA BLANCO, Albino; y SOLIÑO MILLÁN, Mario: «El papel de la valorización económica en la gestión pública de las áreas naturales protegidas», *Administración & Ciudadanía. Rev. de Escola Galega de Administración Pública* núm. 1 (2006): 71-95.
- VELA ORTIZ, Sergio: «Marco teórico de la Directiva de comercio de emisiones», *Rev. de Economía ICE* núm. 822 (2005): 39-50.
- VILLANUEVA ARANGUREN, José A. (dir.): *Tercer Inventario Forestal Nacional 1997-2006. Comunidad Foral de Navarra*, Ed. Ministerio de Medio Ambiente, Madrid, 2003, 496 pp.
- VOS, C.C.; VAN DER VEEN, M.; y OPDAM, P.F.M: *Natuur en klimaatverandering: wat kan het natuurbeleid doen?*, Alterra, Wageningen, 2006.
- WU, S.; HOU, Y.; y YUAN, G: «Valoración de los bienes y servicios ecosistémicos y del capital forestal natural de la municipalidad de Beijing (China)», *Rev. Unasyva* núm. 234/235 (vol. 61) (2010): 28-36.

LA REGULACIÓN DE LA ACTIVIDAD DE DISTRIBUCIÓN DE ENERGÍA ELÉCTRICA^(*) ^(**)

ALEJANDRO D. LEIVA LÓPEZ

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.– II. MARCO CONCEPTUAL Y NORMATIVO: 1. Las actividades energéticas de infraestructuras en red. 2. La actividad de red en el sector eléctrico. Aspectos generales y tipos de red: A) Transporte. B) Distribución.– III. EL PROPIETARIO Y GESTOR DE LA RED DE DISTRIBUCIÓN.– IV. LA SEPARACIÓN DE ACTIVIDADES.– V. CONDICIONES PARA EL EJERCICIO DE LA ACTIVIDAD DE DISTRIBUCIÓN COMO GARANTÍA EFECTIVA DEL SUMINISTRO DE ELECTRICIDAD: 1. La obligación de ampliación de la red. 2. El régimen de acometidas. 3. La autorización: A) Introducción. B) Ámbito subjetivo. Cesión de instalaciones y nuevas áreas. C) Competencia. D) Objeto y procedimiento. 4. El acceso y conexión de la distribuidora a la red de transporte. Resolución de conflictos.– VI. MARCO DE COOPERACIÓN REGIONAL ENTRE ESTADOS EN MATERIA DE DISTRIBUCIÓN.– VII. LA INTEGRACIÓN DE LA GENERACIÓN DISTRIBUIDA EN LA RED DE DISTRIBUCIÓN.– VIII. CONCLUSIONES.– IX. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: El modelo de suministro eléctrico presenta la característica significativa de operar como una industria con estructuras y tecnología en red. La red aparece como un elemento básico sin el cual no podrían prestarse servicios eléctricos.

Así pues, el presente estudio tiene por objeto analizar la regulación jurídica de la actividad de distribución de electricidad en un nuevo entorno social y tecnológico, pues ésta es vital para la consecución de un mercado liberalizado donde todas las actividades puedan alcanzar niveles adecuados de calidad, seguridad y competitividad. Específicamente, se tratan las funciones atribuidas a propietarios y gestores de red de distribución, las condiciones para el ejercicio de la actividad, el novedoso marco de cooperación entre gestores de red definido en el Winter Package y los retos que las tecnologías de generación distribuida y, específicamente, de autoconsumo lanzan sobre la gestión de la red de distribución.

(*) Trabajo recibido en esta REVISTA el 7 diciembre 2017 y evaluado favorablemente para su publicación el 6 marzo 2018.

(**) Este trabajo ha sido elaborado en el marco del Proyecto VD «SOSTENIBILIDAD ENERGÉTICA Y ENTES LOCALES: INCIDENCIA DEL NUEVO PAQUETE ENERGÉTICO DE LA UNIÓN EUROPEA» (DER2017-86637-C3-2-P), Ministerio de Economía y Competitividad, Programa Estatal de Fomento de la Investigación Científica y Técnica de Excelencia, Subprograma Estatal de Generación del Conocimiento, Convocatoria 2017

Palabras clave: sector eléctrico; redes de electricidad; actividad de distribución de electricidad; acceso de terceros a la red; generación distribuida.

ABSTRACT: The electricity system has the characteristic of operating as an industry with network structures and technology. The electricity network appears as a basic element without which electrical services could not be provided.

Therefore, the objective of this study is to analyze the legal regulation of electricity distribution activity in a new social and technological environment. This activity is vital to achieve a liberalised market where all activities can have adequate levels of quality, safety and competitiveness.

Specifically, we analyze the functions assigned to distribution networks owners and operators, the conditions for the exercise of this activity, the novel framework cooperation agreement between network system operators defined in the «Winter Package» and the challenges of implementing distributed generation technologies, and specifically about self-consumption, in network management.

Key words: electricity sector; electricity networks; electricity distribution activity; third party access; distributed generation.

I. INTRODUCCIÓN

La actividad de suministro de energía, como ha sucedido en otros sectores económicos estratégicos (transporte aéreo y ferroviario, telecomunicaciones..) ha sido tradicionalmente desarrollada como un servicio público, donde el poder público ha actuado como prestador directo o indirecto de estos servicios. Pero, desde los inicios de la liberalización de mercados, este modelo ha experimentado grandes transformaciones de su régimen jurídico. Así, en este nuevo escenario el poder público ejerce funciones reguladoras en unos mercados liberalizados cuyas actividades se desarrollan en régimen de libre competencia empresarial (1).

Específicamente, la actividad de suministro eléctrico se configuró como una organización industrial intensamente intervenida y sometida a la dirección del Estado, lo que ha generado críticas procedentes de los distintos sectores por no favorecer a la eficiencia conjunta de la actividad industrial.

Así, con la aprobación de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico (2), emerge un movimiento a favor de la liberalización del mercado eléctrico, el cual supone una evolución hacia un sistema eléctrico vertebrado por el reconocimiento de la libre iniciativa empresarial en un

(1) CABALLERO SÁNCHEZ (2010: p. 136).

(2) BOE núm. 285, de 28 de noviembre.

marco de libre competencia entre operadores, logrando así una óptima asignación de recursos y mayores niveles de calidad y seguridad del servicio de suministro de electricidad; entendido éste como un servicio esencial de máxima importancia para la sociedad y la economía de un país (3). Todo ello descansa sobre el principio de separación de las actividades del sector, esto es, entre generación, transporte, distribución y comercialización. Siendo esta estructura básica mantenida por la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico (4).

Esta profunda evolución del sector ha requerido de una transformación de su estructura empresarial y de las políticas adoptadas sobre este campo sectorial profundamente regulado. Nace así un nuevo modelo de «regulación para la competencia» como una regulación complementaria y subordinada al mercado. Un sistema diseñado para promover la competencia entre operadores allí donde sea posible (producción y comercialización), mientras que si la actividad no es competitiva (redes), la regulación sustituirá al mercado a través de instrumentos que nos distorsionen las reglas de juego que se aplican a otras actividades (5).

En este contexto, centramos el objeto de estudio en las especificidades propias de la configuración legal de la actividad de distribución de electricidad, pues una de las características más significativas de nuestro modelo eléctrico es que opera como una industria con estructuras y tecnología de red. Así, la red aparece como un soporte esencial del que no se puede prescindir en la industria de servicios eléctricos.

La configuración de un modelo de distribución adecuado es vital para que el resto de actividades destinadas al suministro de electricidad puedan alcanzar niveles óptimos de calidad, seguridad y competitividad en el marco de un mercado interior de la electricidad eficiente. Así pues, analizamos las distintas funciones atribuidas a distribuidores y gestores de red, las obligaciones de ampliación de red, el régimen de acometidas y de autorizaciones para el ejercicio de la actividad, el acceso de terceros a la red y la casuística de conflictos suscitada hasta la fecha, la implementación de un marco de cooperación entre gestores de red de distribución y transporte de distintos países y los retos que debe enfrentar la actividad de distribución con ocasión de la penetración de tecnologías de generación distribuida en un nuevo entorno social y tecnológico.

(3) LÓPEZ DE CASTRO GARCÍA-MORATO y ARIÑO ORTIZ (2004a: pp. 12-15).

(4) BOE núm. 310, de 27 de diciembre.

(5) DEL GUAYO CASTIELLA (2016: pp. 2221-2225).

II. MARCO CONCEPTUAL Y NORMATIVO

1. Las actividades energéticas de infraestructuras en red

El mercado energético es entendido como un sector económico en red –al igual que sucede con otras actividades industriales como las telecomunicaciones, el transporte aéreo y ferroviario o el servicio postal– que ha experimentado un proceso de liberalización con efectos beneficiosos sobre la calidad, seguridad y eficiencia de estos servicios de suministro, lo que ha provocado un impacto positivo sobre la economía en su conjunto.

En este modelo estratégico de actividad industrial, que aun atraviesa etapas transitorias de avance regulativo, las infraestructuras en red juegan un papel protagonista y son el medio material de conexión entre todos los agentes que participan del sistema. Son instalaciones de importante valor estratégico que presentan carácter unitario al estar entrelazadas, tienen capacidad de transmisión limitada y requieren de elevados costes de inversión en su construcción que hacen su duplicación inviable económicamente. En definitiva, son conexiones físicas de paso obligado para los operadores que quieren participar en un mercado de interés general, como es el energético (6).

Así, desde esta perspectiva subjetiva, es muy significativa la posición que ocupan las empresas titulares de las conexiones o infraestructuras estratégicas energéticas, esto es, de las denominadas redes. Este punto hay que diferenciar entre dos niveles de conducción que se combinarán para cubrir las necesidades energéticas de un determinado territorio: mayorista y minorista.

De un lado, en el escalón mayorista o tramo troncal, encontramos las compañías titulares de redes mayoristas o de transporte de electricidad, gas e hidrocarburos (7). Éstas son sociedades mercantiles que suelen tener alta capacidad de transmisión y que se configuran como instrumentos institucionales, normalmente de carácter unitario, imprescindibles para el funcionamiento del mercado regulado energético, delegándose en ellas la gestión imparcial de la capacidad de transmisión de sus instalaciones estratégicas energéticas entre los distintos agentes del mercado (8). Por su parte, estos últimos tendrán

(6) CABALLERO SÁNCHEZ (2002: p.13)

(7) Red Eléctrica de España (en adelante, REE) para la red de transporte de electricidad, ENAGÁS para la red de transporte de gas y almacenamiento básico y la Compañía Logística de Hidrocarburos (en adelante, CLH) para la red de oleoductos. Aunque es posible que, en casos minoritarios, otras compañías ostenten la titularidad de estas redes de transporte energético.

(8) Véase la propuesta de calificación como «sociedades reguladas de infraestructuras estratégicas» de CABALLERO SÁNCHEZ (2010: pp. 137-138). El autor atribuye esta identidad a aquellas compañías que ostentan una titularidad unitaria de las redes de transporte mayorista de electricidad, gas o hidrocarburos y cuya consecuencia es la sujeción a un estatuto de relevante intensidad. Se trata de una denominación común que destaca las características y

reconocido un derecho de acceso a las redes mayoristas, cuyo régimen jurídico y principales conflictos analizamos.

Son compañías privadas al servicio de la competencia que ostentan la titularidad de activos estratégicos, cuya duplicación deviene inviable, y para las que el regulador prevé un marco normativo de operación objetiva e imparcial en aras de garantizar la libre competencia en estos sectores. Se convierten, así, en empresas gestoras de infraestructuras de red mayorista que actúan investidas de imparcialidad, pues ello es lo exigible para quien controla la infraestructura de red y, por consiguiente, tiene el dominio absoluto del mercado final energético. Destacadamente, el sistema anglosajón los denomina «portadores comunes» [*en inglés, common carriers (9)*] vinculados a las industrias de red, quienes prestarán a través de éstas servicios de interés general.

Por otra parte, a nivel minorista o escalón regional/local, localizamos a compañías titulares de redes minoristas o de distribución de electricidad, gas e hidrocarburos (10). Estos agentes cuentan con compañías filiales que también desarrollan la comercialización de energía y prestación de servicios a los usuarios eléctricos que los contratan. Pueden llegar a ejercer derechos de paso sobre redes ajenas para cubrir una zona de consumo nueva y ganar nuevos clientes, aunque generalmente éstas no comunican entre sí, sino a través de la red de transporte que las abastece. En este nivel, el regulador actúa sobre la actividad de gestión de las propias redes promoviendo la libre competencia entre agentes del sector.

Sin embargo, las compañías gestoras de infraestructuras de red minorista (también denominada red secundaria de distribución) no tendrán un control del mercado energético en los términos a que nos hemos referido SUPRA respecto a los gestores de red mayorista y su capacidad de transmisión se adapta al nivel de consumo del usuario final. Específicamente, el presente estudio aborda un grado de protagonismo de las distribuidoras en el sector eléctrico que, como tratamos de evidenciar, difiere al propio de las empresas transportistas; razón por la cual entendemos que las necesidades de separación de aquéllas con respecto al resto de actividades son de distinta intensidad que las previstas para empresas titulares de red de transporte.

atribuciones legales de funciones de interés general que comparten estas compañías energéticas. Siendo esta denominación también extensiva a compañías que operan en sectores como el del transporte ferroviario o aéreo, cuyos administradores independientes de infraestructuras son ADIF y AENA, respectivamente.

(9) A mayor abundamiento acerca de su origen e impacto sobre el concepto tradicional de servicio público, Vid. MONTERO PASCUAL (1996: pp. 567-570).

(10) En este caso, son muchas las compañías titulares de red de distribución de electricidad, red de distribución de gas y de los puntos de suministro (estaciones de servicio), respectivamente.

2. La actividad de red en el sector eléctrico. Aspectos generales y tipos de red

La actividad de suministro eléctrico descansa sobre un modelo de infraestructuras en red, siendo éstas esenciales y unitarias para todo el sector. A nivel nacional, la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico (11) (en adelante, LSE) y el Real Decreto 1955/2000, de 1 de diciembre, por el que se regulan las actividades de transporte, distribución, comercialización, suministro y procedimientos de autorización de instalaciones de energía eléctrica (12) (en adelante, RD 1955/2000) definen la infraestructura en red y la clasifican, atendiendo al nivel de voltaje mayorista o minorista, en dos categorías: red de transporte y de distribución de electricidad, respectivamente.

De partida, adelantamos que el transporte y la distribución de electricidad, a pesar de ser conceptos excluyentes, tienen en común la virtualidad de hacer transitar la energía desde los puntos donde se genera hasta las zonas de consumo, lo que deviene esencial para la prestación del servicio de suministro de electricidad si tenemos en cuenta su característica más notoria: que es un producto no almacenable que se debe ser consumido y producido simultáneamente (13).

Así, la actividad de transporte aparece regulada en el Título VI de la LSE y en el Título II del RD 1955/2000, mientras que la actividad de distribución estará definida en el Título VII de la LSE y en el Título I del RD 1955/2000.

A) Transporte

Sobre la actividad de transporte, el artículo 4.1 RD 1955/2000 la define como «[...] aquella que tiene por objeto la transmisión de energía eléctrica (desde los centros de producción) por la red (de transporte) interconectada [...] con el fin de suministrarla a los distribuidores o, en su caso, a los consumidores finales, así como de atender los intercambios internacionales». Por su parte, el artículo 34.1 LSE y 5 RD 1955/2000 clasifican a su vez la red eléctrica en dos subcategorías: red de transporte primario y secundario.

De un lado, el transporte primario engloba las redes de transporte con tensión igual o superior a 380 kV, incluyendo dentro de esta subcategoría a las interconexiones con los sistemas insulares y extrapeninsulares, así como las interconexiones internacionales con otros países.

(11) BOE núm. 310, de 27 de diciembre de 2013.

(12) BOE núm. 310, de 27 de diciembre de 2010.

(13) PAJUELO IGLESIAS (2009: p. 536).

De otro, existe una red de transporte secundario como elemento integrante de la red de transporte. En este caso, comprende las redes de tensión igual o superior a 220 kV que no se encuentren incluidas en el transporte primario y, además, las instalaciones nominales inferiores a 220 kV que cumplan las funciones de transporte.

Asimismo, se consideran elementos constitutivos de la red de transporte «[...] todos aquellos activos de comunicaciones, protecciones, control, servicios auxiliares, terrenos, edificaciones y demás elementos auxiliares, eléctricos o no, necesarios para el adecuado funcionamiento de las instalaciones específicas de la red de transporte [...]». Y, como dispone el artículo 5.2 RD 1955/2000, se incluyen «[...] los centros de control de transporte, así como otros elementos que afecten a instalaciones de transporte».

Por el contrario, no constituyen la red de transporte «[...] los transformadores de grupos de generación, los elementos/instalaciones de conexión de dichos grupos a la red de transporte, las instalaciones de consumidores para su uso exclusivo, ni las líneas directas».

B) Distribución

Específicamente, y por ser objeto principal de estudio, analizamos la actividad de distribución desde una panorámica conceptual y adelantamos las especificidades de su régimen jurídico en el actual entorno social y tecnológico

Tras las reformas practicadas por el ejecutivo en el año 2013, la actividad de distribución se encuentra regulada en el Título VII (artículos 38 a 42) de la LSE y en el Capítulo I, Título I, del RD 1955/2000.

El artículo 38 LSE define la actividad de distribución de electricidad como «[...] aquella que tiene por objeto la transmisión de energía eléctrica desde las redes de transporte, o en su caso desde otras redes de distribución o desde la generación conectada a la propia red de distribución, hasta los puntos de consumo u otras redes de distribución en las adecuadas condiciones de calidad con el fin último de suministrarla a los consumidores».

Recibiendo la calificación de red de distribución, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 38.2 LSE y 38 RD 1955/2000, todas aquellas instalaciones de electricidad, incluyendo líneas, parques y elementos de transformación y otros elementos eléctricos, de tensión inferior a 220 kV, salvo aquellas que se consideren integradas en la red de transporte. Asimismo, se consideran elementos integrantes de la red de distribución «[...] todos aquellos activos de la red de comunicaciones, protecciones, control, servicios auxiliares, terrenos, edificaciones y demás elementos auxiliares, eléctricos o no, necesarios para el adecuado funcionamiento de las redes de distribución, incluidos los centros de control en todas las partes y elementos que afecten a las instalaciones de distri-

bución». Mientras que, de otro lado, no se considerarán elementos constitutivos de la red de distribución «[...] los transformadores de grupos de generación, los elementos de conexión de dichos grupos a las redes de distribución, las instalaciones de consumidores para su uso exclusivo, ni las líneas directas».

Además, como dispone el artículo 42 RD 900/2015, estos elementos integrantes de la red de distribución «[...] tendrán un equipamiento adecuado para poder atender las necesidades técnicas requeridas, incluyendo en su caso los elementos de control de potencia reactiva, así como para garantizar la seguridad de las mismas [...]». Debiendo éstas ser bien diseñadas y dimensionadas con capacidad suficiente para responder a la eventual demanda que se pudiera producir atendiendo a las previsiones de crecimiento de la zona donde se asienta la empresa distribuidora.

Para delimitar aún más su definición, y localizar así las notas que lo diferencian de la red de transporte, el artículo 39.1 RD 1955/2000 define la zona eléctrica de distribución como «[...] el conjunto de instalaciones de distribución pertenecientes a una misma empresa y cuyo objeto último es permitir el suministro de energía eléctrica a los consumidores en las adecuadas condiciones de calidad y seguridad».

Por otro lado, y continuando con este repaso conceptual, el titular o propietario de la red de distribución, en la medida en que son generalizadas las referencias a éste como «distribuidor de la zona», ha planteado el debate doctrinal acerca de si existe un régimen de exclusividad a su favor o si, por el contrario, es posible una competencia entre distribuidores en una misma zona. Debate que se suscitó con ocasión de los numerosos conflictos de acceso entre distribuidoras ocasionados por la denominada «distribución en cascada», esto es, una proliferación de instalaciones titularidad de distintas empresas distribuidoras en una misma zona de distribución. Son casos en que, con ocasión del nacimiento de nuevas zonas de consumo, aparecen nuevas distribuidoras que quieren prestar el servicio de suministro y que no se encuentran conectadas directamente a la red de transporte, sino que pedirán acceso a la red del distribuidor tradicionalmente asentado en la zona.

En este contexto, la Ley 54/1997 del Sector Eléctrico estableció, en su Exposición de Motivos, la idea de partida de existencia de un monopolio natural de la red (14). Sin embargo, el texto articulado no recogía ningún precepto referido al monopolio, sino más bien todo lo contrario. Así, vemos cómo el artículo 40.2 disponía que la autorización de instalaciones de distribución «[...] en ningún caso se entenderá concedida en régimen de monopolio ni

(14) Disponiendo que «[...] La eficiencia económica que se deriva de la existencia de una única red, raíz básica del denominado monopolio natural, es puesta a disposición de los diferentes sujetos del sistema eléctrico y de los consumidores [...]».

concederá derechos exclusivos» y, por su parte, los artículos 1.3 y 2 reconocían el principio de libre competencia o libre iniciativa empresarial para todas las actividades destinadas al suministro de energía eléctrica, sin exceptuar ni matizar nada respecto a la actividad regulada de distribución de electricidad y, por tanto, existiendo competencia entre aquellas distribuidoras que concurran a una zona determinada y que reuniesen los requisitos definidos en la normativa (sobre capacidad legal, técnica y económica).

Es por ello que, situándonos en este espacio temporal, el regulador se pronunció sobre la expresión de «distribuidor de zona» (15), disponiendo que ésta quedaría al margen de la entonces vigente configuración jurídica del sistema eléctrico, no existiendo por tanto exclusividad territorial que permitiese a un distribuidor, que dispone de infraestructuras preexistentes, obstaculizar la conexión de nuevos distribuidores a su red. Por lo que no era acertada la expresión «distribuidor de zona», ni, aún menos, pretender que ello armonizase con el concepto de zona eléctrica definido en el artículo 39.1 RD 1955/2000. O, dicho en otras palabras, la legislación española no regulaba ni había regulado en ningún episodio de la historia un principio de reserva o exclusividad a favor de los distribuidores que, en consecuencia, pudiera cristalizar en la prohibición de la distribución en cascada. Cuestión distinta es la si por entonces regulada prohibición de duplicidad de redes de distribución recorriendo en paralelo (la conocida como «distribución en paralelo»), pues, aunque hayamos afirmado la viabilidad de que existieran varias distribuidoras en una misma zona, no resulta eficiente económicamente que cumplan la misma función en determinado territorio al desarrollar su actividad en paralelo (16).

Asimismo, existieron otras resoluciones del regulador (17) a favor del derecho de acceso de nuevas distribuidoras a las ya existentes en una zona eléctrica de distribución determinada, sobre la base del contenido del artículo 60 RD 1955/2000, el cual dispone que *«Tendrán derecho de acceso a la red de distribución [...] los distribuidores [...] Este derecho sólo podrá ser restringido por la falta de capacidad necesaria [...]»*. Solo existe una limitación o causa de denegación del mismo: la falta de capacidad de la red; cuestión esta última que tratamos en un apartado específico.

(15) Vid. la Resolución de la Comisión Nacional de la Energía (actualmente, CNMC) en el procedimiento de conflicto de acceso a la red de transporte C.A.T.R. 6/2001 instado por Hidrocantábrico Distribución Eléctrica, S.A. frente a Iberdrola Distribución Eléctrica, S.A.U., de 31 de julio de 2003.

(16) ESTOA PÉREZ (2009: p. 634).

(17) Véase la Resolución de la CNE en el procedimiento de conflicto de acceso a la red de distribución C.A.T.R. 3/2003 instado por Electra Caldense, S.A. frente a Endesa Distribución Eléctrica, S.L.U., de 22 de diciembre de 2003.

Así pues, el regulador ha mantenido una clara y firme doctrina a favor de la distribución en cascada autorizando a las nuevas instalaciones el acceso a la red del «distribuidor de la zona».

Sin embargo, tras sendos pronunciamientos de la comunidad científica a favor del régimen de exclusividad de las distribuidoras (18), se aprobó el Real Decreto-Ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública (19). Y es a partir de este momento cuando el articulado de la Ley 54/1997 se ve reformado en aras de consagrar el denominado monopolio natural de la red de distribución para una mayor eficiencia económica del sistema.

La nueva redacción de la Exposición de Motivos dispone que esta reforma está orientada a «[...] eliminar prácticas ineficientes en el ámbito de la distribución, como la coexistencia de varios distribuidores en un mismo ámbito territorial que puede llevar a la existencia de instalaciones redundantes y aumentar los costes de mantenimiento, con la consiguiente pérdida de eficiencia [...] partiendo de la premisa de que la distribución, tanto de electricidad como de gas natural, es una actividad regulada, que tiene carácter de monopolio natural [...]».

En este sentido, el ya citado artículo 40 pasa a reconocer que «La autorización, que no concederá derechos exclusivos de uso, se otorgará atendiendo tanto al carácter del sistema de red única y monopolio natural, propio de la distribución eléctrica, como al criterio de menor coste posible, propio de toda actividad con retribución regulada, y evitando el perjuicio a los titulares de redes ya establecidas obligadas a atender los nuevos suministros que se soliciten». Vemos, así, que la nueva redacción, frente a las disposiciones contenidas en la regulación anterior, reconoce que la autorización se conceda en régimen

(18) Véase la calificación de «distribuidor de la zona» que trae a colación el profesor Rafael Gómez-Ferrer Morant en un dictamen emitido a requerimiento de Iberdrola Distribución Eléctrica S.A.U. en el marco del citado C.A.T.R. 6/2011 (teniendo entrada en el registro de la CNE en fecha 18 de junio de 2002). El dictamen defiende la no existencia del derecho de conexión de Hidrocarburos Distribución Eléctrica S.A.U. a la red de distribución de Iberdrola Distribución Eléctrica S.A.U. Todo ello sobre la base de que existe una obligación de suministro que corresponde a un solo distribuidor de la zona, lo que convierten a la distribución «en cascada» en maniobras contrarias a los postulados de una economía de costes del sistema que persigue evitar la duplicidad de redes. En definitiva, el autor sostiene que la eventual concesión de acceso a la red de distribución otorgada por Iberdrola supondría una vulneración de la Constitución Española, de la legislación sectorial europea y nacional en materia de electricidad y urbanismo, así como de las distintas disposiciones reglamentarias sobre la materia. p. 12.

Asimismo, acerca de la necesidad de configurar la actividad de distribución basada en los principios de monopolio natural y red única, vid. UTRAY FABRA (2004: p. 84), HUNT (2002: p.217) y LÓPEZ DE CASTRO y ARIÑO ORTIZ (2004b: p.277).

(19) BOE núm. 62, de 14 de marzo.

de monopolio, lo que va a ofrecer mayores garantías al distribuidor titular de instalaciones de red preexistentes en la zona.

También el apartado c) del artículo 41 establece que «*Cuando existan varios distribuidores en la zona a los cuales pudieran ser cedidas las instalaciones, la Administración competente determinará a cuál de dichos distribuidores deberán ser cedidas, siguiendo criterios de mínimo coste*». Aunque nada especifica la ley sobre el modo en que deben fijarse por la administración los límites fronterizos que delimitan la «zona», ni los criterios a seguir para delimitar el «mínimo coste».

En definitiva, se produjo un cambio normativo significativo para hacer frente a los problemas de eficiencia que provocaba la distribución en cascada, que con la nueva redacción pasa a estar prohibida. Con ello, por razones de eficiencia económica, se evita la duplicidad de redes de distribución y se consolida el carácter monopolista de ésta (20). Como consecuencia, y mereciendo ciertas consideraciones desde el punto de vista del derecho de la competencia, los nuevos distribuidores tendrán mayores dificultades para ostentar la titularidad de redes de distribución en zonas operadas por una empresa distribuidora titular de instalaciones preexistentes.

Observadas las notas características de este marco conceptual de la actividad de distribución, de la propia red y del propietario de ésta, corresponde a continuación analizar las particularidades que presenta la configuración del régimen jurídico de la actividad de distribución de electricidad en un entorno social y tecnológico cambiante. Para lo que analizamos los siguientes bloques temáticos: el grado de separación de la actividad de distribución, la diferencia entre propietario y gestor de la red de distribución, los requisitos que debe cumplir una distribuidora para operar la actividad de distribución de electricidad, el marco de cooperación internacional entre gestores de red de distribución y los retos que las nuevas tecnologías de generación distribuida proyectan sobre la configuración de la red de distribución.

III. EL PROPIETARIO Y GESTOR DE LA RED DE DISTRIBUCIÓN

La legislación eléctrica define un modelo de transporte y distribución de electricidad gestionado por el titular o propietario de la red de transporte y, con algunas excepciones, por el titular o propietario de la red de distribución, respectivamente.

(20) Sobre la necesidad de reducir el número de operadores por razones de eficiencia técnica en sectores donde impera el régimen de monopolio natural, como los de tecnología de red, vid. RODRÍGUEZ ROMERO (1993: p. 20).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 39.2 RD 1955/2000, la red de distribución de electricidad va a ser gestionada por el distribuidor de la zona. Así, el propietario o titular de la red de distribución desempeñará funciones como gestor de la red de distribución (en inglés, *Distribution System Operator —DSO—*). Aunque el precepto prevé una excepción, disponiendo que todo ello se dará «[...] sin perjuicio de que puedan alcanzarse acuerdos entre empresas distribuidoras para la designación de un único gestor de la red de distribución para varias zonas eléctricas de distribución [...]». Por lo que, si así lo convienen varios titulares de red de distribución, se podrá designar un gestor único, quien será, además de gestor de su propia red, gestor de redes de distribución que se encuentra fuera de su zona eléctrica y que, por tanto, son propiedad de otras empresas distribuidoras. Sin embargo, en España se adopta un modelo *DSO* y, por tanto, las empresas distribuidoras no se han acogido en la práctica a esta excepción (21).

Además, y a diferencia de lo que ocurre en transporte, cabe significar que no existe la figura del operador del sistema en el nivel de distribución.

Por otro lado, también cabe la posibilidad de que una empresa distribuidora ostente la titularidad y gestión de mallado de red de transporte secundario, de conformidad con lo dispuesto el párrafo segundo del artículo 34.2 LSE, el cual dispone que «[...] se habilita al Ministerio de Industria, Energía y Turismo para autorizar expresa e individualmente, previa consulta a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y a la Comunidad Autónoma en la que radique la instalación, que determinadas instalaciones de transporte secundario, por sus características y funciones, sean titularidad del distribuidor de la zona que se determine. En estos casos, los distribuidores deberán asumir las obligaciones del transportista único relativas a la construcción, maniobra y mantenimiento de tales instalaciones de transporte». Así, la empresa REE, con carácter general, será la propietaria y gestora de la red de transporte primario y secundario, excepto aquellos supuestos en que el titular y gestor de la red de transporte secundario pueda ser, de conformidad con el precepto citado, la empresa distribuidora de la zona.

En este orden de cosas, se atribuyen al propietario y gestor de la red de distribución de electricidad unas funciones rigurosamente definidas en la ley: i) Como propietario o titular de la red, tiene atribuida la función de construcción, operación y mantenimiento de la red de distribución, de la que es propietario, en cumplimiento de las disposiciones contenidas en los planes de inversión

(21) Cabe significar que el 95 % de la actividad de distribución se reparte por zonas entre las siguientes compañías: Endesa, Iberdrola, Gas Natural Fenosa, Hidrocarbónico y E.ON.

aprobados por la Administración General del Estado (22); y *ii*) Como gestor de la red de distribución, se le atribuyen las funciones de coordinación de las actuaciones de maniobra y mantenimiento en su zona de distribución, así como mantener y desarrollar, en condiciones económicamente aceptables, un mallado de red de distribución segura, fiable y eficaz en su zona. También se encarga del desarrollo y ampliación de la red de distribución, así como de las interconexiones con redes de otros países, en cumplimiento de las previsiones definidas en planes de inversión aprobados por la Administración General del Estado. Todo ello garantizando paralelamente el respeto a la normativa medioambiental y la implementación efectiva de mecanismos de eficiencia energética (23).

IV. LA SEPARACIÓN DE ACTIVIDADES

Realizado este análisis conceptual acerca del «distribuidor de la zona», y observadas las funciones que tiene atribuidas, podemos afirmar que la empresa distribuidora, en la medida en que actúa investida de derechos de exclusiva en su zona de suministro, deberá estar sometida a ciertos niveles de separación respecto de las compañías que operan el resto de actividades, pues está controlando una zona de suministro en régimen de monopolio. Así, para abordar las especificidades del régimen de separación de la actividad de distribución es necesario observar paralelamente las propias del transporte.

El principio de separación de actividades nace con la misión de garantizar la independencia del titular y gestor de la red de transporte y distribución de electricidad respecto del resto de actividades desarrolladas en régimen de libre competencia (generación y comercialización), evitando así que puedan existir intereses comunes entre operadores y, en definitiva, promoviendo un mercado de la electricidad competitivo (24).

La Directiva 2009/72/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad (25) define los distintos cauces para garantizar que esta separación sea efectiva. De partida, vemos que estos persiguen garantizar que el propietario de la red, que además es designado gestor de ésta, es independiente de cualquier empresa con intereses en la producción y la comercialización. Aunque, como vemos en

(22) Arts. 40 (ap. 1 y 3) y 41 (ap. 1 y 2) de la LSE y del RD 1955/2000, respectivamente.

(23) Artículo 40 RD 1955/2000.

(24) VILLAFRUELA ARRANZ (2009: pp. 10-18)

(25) DOUE núm. 211, de 14 de agosto.

adelante, el grado de separación o independencia será distinto (26) dependiendo de si son compañías titulares de red de transporte o de distribución (27).

Por lo que se refiere al titular y gestor de la red de transporte, existe un régimen de separación jurídica, funcional y de patrimonio respecto del resto de empresas titulares de las distintas actividades (28), esto es, en las relaciones: transporte-generación; transporte-comercialización; y transporte-distribución. Este grado de separación es garantizado a través del proceso de certificación y designación del propietario y gestor de la red de transporte, la empresa Red Eléctrica de España (en adelante, REE) (29). Aunque surgen dudas acerca de la necesidad o no de garantizar el mismo grado de separación para aquellas empresas distribuidoras que, aunque en número reducido de casos, son titulares y gestoras de mallado de red de transporte secundario de electricidad (artículo 34.2 LSE); pues nos encontramos en estos casos con empresas distribuidoras que actúan como transportistas (30) y, por tanto, con un protagonismo notable sobre el mercado final eléctrico que requiere de un grado de separación mayor que el previsto para las distribuidoras.

Por su parte, el titular y gestor de la red de distribución estará sometido a un régimen de separación jurídica y funcional, pero no de patrimonio (31), en las relaciones: distribución-generación; y distribución-comercialización. Mien-

(26) Motivo de ello son las distintas funciones que la ley atribuye a propietarios y gestores de redes de transporte y distribución de electricidad, las cuales justificarían que el grado de separación exigible a empresas que operan la distribución sea menor que el atribuido a aquellas que controlan el transporte de electricidad. Véanse los artículos 36 LSE y 6-7 RD 1955/2000, en materia de transporte; y los artículos 40 (ap. 1 y 3) LSE y 40-41 (ap. 1 y 2) RD 1955/2000, en materia de distribución.

(27) DEL GUAYO CASTIELLA (2010: p.28). El estudio se refiere a las exigencias de separación de actividades en el sector gasista, aunque existen cuestiones extrapolables al sector eléctrico.

(28) De conformidad con lo dispuesto en el artículo 9 de la Directiva 2009/72/CE.

(29) Designación de Red Eléctrica de España S.A.U., como gestor de la red de transporte de energía eléctrica, por Orden IET/2209/2014, de 20 de noviembre, del Ministro de Industria, Energía y Turismo. (BOE núm. 287, de 27 de noviembre). Una designación del gestor de red independiente precedida de un proceso de certificación a cargo de la autoridad reguladora nacional, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante, CNMC).

(30) En el sentido definido en el artículo 6.1.d) LSE, es decir, el transportista como «[...] aquella sociedad mercantil que tiene la función de transportar energía eléctrica, así como construir, mantener y maniobrar las instalaciones de transporte [...]».

(31) Artículo 26.1 Directiva 2009/72/CE: «1. Si el gestor de la red de distribución forma parte de una empresa integrada verticalmente, deberá ser independiente de las demás actividades no relacionadas con la distribución, al menos en lo que se refiere a la personalidad jurídica, la organización y la toma de decisiones. Estas normas no darán lugar a ninguna obligación de separar la propiedad de los activos del sistema de distribución de la empresa integrada verticalmente».

tras que el grado de separación del distribuidor respecto de la empresa titular de la red de transporte (REE) es jurídica, funcional y patrimonial. Quedando acreditado este grado de separación por medio de las autorizaciones, cuya concesión estará condicionada al cumplimiento de ciertos requisitos por parte del distribuidor que serán definidos reglamentariamente. Aunque si afirmamos que estas exigencias de separación son definidas para los casos en que el propietario de la red de distribución también ostenta la gestión de la red (que en España sucede siempre), cabría preguntarse si son bien traídas a colación para el titular de red de distribución que designa un gestor único ubicado fuera de su zona eléctrica (artículo 39.2 LSE), pues este propietario dejaría de desempeñar las funciones como gestor, definidas en el artículo 40 RD 1955/2000, que justifican las necesidades de separación jurídica y funcional respecto del resto de actividades para las empresas que las ostenten; si bien cabe recordar que en la práctica no existen distribuidoras acogidas a esta excepción.

Debemos también destacar la necesidad de mayores garantías de separación para distribuidoras que sean titulares y gestoras de red de transporte secundario, esto es, una separación jurídica, funcional y de patrimonio.

Así pues, las exigencias de separación jurídica impuestas a los titulares de las actividades de transporte o distribución de electricidad implican que éstas sean desarrolladas por personas jurídicas (en forma de sociedad mercantil) distintas a las titulares del resto de actividades. De otro lado, la separación patrimonial, solo exigible al titular de la actividad de transporte, garantizará una separación estructural o de propiedad del transporte respecto del resto de actividades. Para lo que es exigible que las personas que integran la empresa titular de la red de transporte también se encarguen de la gestión de la red (32); que no controlen los negocios de producción y comercialización (33); que no controlen los nombramientos de los órganos de gobierno y de otros órganos de producción y comercialización (34); y que no pertenezcan a varios órga-

(32) Artículo 9.1.a) Directiva 2009/72/CE: «Los Estados miembros garantizarán que [...] toda empresa propietaria de una red de transporte actúe como gestor de la red de transporte».

(33) Artículo 9.1.b) Directiva 2009/72/CE: «Los Estados miembros garantizarán que [...] la misma persona o personas no tengan derecho: i) a ejercer control, de manera directa o indirecta, sobre una empresa que lleve a cabo cualquiera de las funciones de generación o suministro, y a ejercer control, de manera directa o indirecta o a ejercer derechos en un gestor de la red de transporte o en una red de transporte; ii) a ejercer control, de manera directa o indirecta, sobre un gestor de la red de transporte o una red de transporte y a ejercer control, de manera directa o indirecta o a ejercer derechos en una empresa que lleve a cabo cualquiera de las funciones de generación o suministro».

(34) Artículo 9.1.c) Directiva 2009/72/CE: «Los Estados miembros garantizarán que [...] la misma persona o personas no tengan derecho a nombrar a los miembros del consejo de supervisión o del de administración o de los órganos que representen legalmente a la

nos potencialmente en conflicto (35). Mientras que la separación funcional exigida al titular de la red de transporte o distribución de electricidad va a suponer una gestión independiente de los activos de red respecto de aquellos propios del resto de actividades. Siendo ello realizable en la medida en que exista independencia de gestión de recursos técnicos, económicos y humanos; carácter confidencial de la información relativa a actividades reguladas en red; así como también existan garantías de que las personas que integran la empresa gestora de red no participen activamente en la configuración de un grupo que esté ligado a la gestión diaria de una actividad liberalizado (36).

V. CONDICIONES PARA EL EJERCICIO DE LA ACTIVIDAD DE DISTRIBUCIÓN COMO GARANTÍA EFECTIVA DEL SUMINISTRO DE ELECTRICIDAD

La actual regulación del sector eléctrico garantiza ampliamente el derecho al suministro de electricidad por medio de la configuración de unas condiciones o requisitos cuyo cumplimiento va a habilitar a un operador determinado para ejercer la actividad de distribución de electricidad.

En primer lugar, el derecho de suministro se satisface proyectando la obligación de suministro a los distribuidores, quienes, en su caso, estarán obligados a ampliar la red que operan. También, encontramos un régimen de acometidas que define las condiciones de ejecución y financiación de la red de distribución.

Seguidamente, existirá una ordenación lógica de títulos que van a habilitar a una empresa distribuidora para desplegar sus funciones como propietario y gestor de red de distribución de electricidad, esto es, para ejercer la actividad de distribución o suministro de electricidad. Así, de un lado, un régimen de autorizaciones va a controlar la entrada a la actividad de distribución, esto es, la libertad de establecimiento y la configuración racional y sistemática de las redes de distribución de electricidad. Mientras que, de otro, existirá un régimen de permisos de acceso y conexión de instalaciones a otras redes, referido al

empresa, de un gestor de la red de transporte o de una red de transporte, y, directa o indirectamente, ejercer control o ejercer derechos en una empresa que lleve a cabo cualquiera de las funciones de generación o suministro».

(35) Artículo 9.1.d) Directiva 2009/72/CE: «Los Estados miembros garantizarán que [...] ninguna persona tenga derecho a ser miembro del consejo de supervisión o del de administración o de los órganos que representen legalmente a la empresa, a la vez de una empresa que lleve a cabo cualquiera de las funciones de generación o suministro y de un gestor de la red de transporte o una red de transporte».

(36) Artículos 9 y 26 Directiva 2009/72/CE.

tránsito del producto por redes ajenas y a la supervisión de la compatibilidad técnica e interoperabilidad de la red, respectivamente.

1. La obligación de ampliación de la red

Una vez identificado el sujeto de la obligación de suministro, esto es, el «distribuidor propietario de las redes de cada zona» (37), la LSE y el RD 1955/2000 atribuyen a éste la obligación de, en su caso, ampliar la red; como garantía de la prestación del servicio esencial y universal de suministro de electricidad (38).

El artículo 40.1.e) LSE dispone que los titulares de red de distribución tendrán como obligación *«Proceder a la ampliación de las instalaciones de distribución cuando así sea necesario para atender nuevas demandas de suministro eléctrico [...] sin perjuicio de lo que resulte de la aplicación del régimen que reglamentariamente se establezca para las acometidas eléctricas [...]»*.

Por su parte, el artículo 41.1.i) RD 1955/2000 establece que serán obligaciones de las distribuidoras *«[...] Atender en condiciones de igualdad las demandas de nuevos suministros eléctricos y la ampliación de los existentes [...]»*. Asimismo, el precepto ha definido el criterio para determinar qué distribuidora debe ejecutar la ampliación, disponiendo que *«[...] Cuando existan varios distribuidores cuyas instalaciones sean susceptibles de atender nuevos suministros y ninguno de ellos decidiera acometer la obra, la Administración competente determinará cuál de estos distribuidores deberá realizarla atendiendo al criterio de menor coste y mayor racionalidad económica»*.

Vemos, así, que en caso de conflicto suscitado entre distribuidores (cuestión que abordamos en adelante), la Administración competente tomará la decisión de a quién atribuir la obligación de ampliación de red atendiendo al criterio de «menor coste y mayor racionalidad económica», el cual otorga una posición preferente al distribuidor más próximo a la nueva zona que demanda

(37) Frente a la tesis defendida durante algún tiempo por la Comisión Nacional de la Energía, la cual sostuvo que tiene la obligación de garantizar el suministro «[...] cualquier distribuidor que, reuniendo los requisitos establecidos normativamente, haya alcanzado la condición de sujeto distribuidor [...]», ya que «[...] ninguna distribuidora es titular de derechos exclusivos y todas ellas están obligadas a atender nuevas demandas de ampliar las instalaciones existentes [...]». Véase la resolución en el procedimiento de conflicto de acceso a la red de transporte C.A.T.R. 6/2001, de 31 de julio de 2003, instado por Hidrocantábrico Distribución Eléctrica, S.A., frente a Iberdrola Distribución Eléctrica, S.A.U., p. 63.

(38) Como así viene reconocido en el artículo 2.2 LSE, el cual establece que *«El suministro de energía eléctrica constituye un servicio de interés económico general [...]»*, ya que, como dispone el Preámbulo, *«[...] la actividad económica y humana no puede entenderse hoy en día sin su existencia»*.

suministro y, por tanto, impidiendo que exista ampliación de red «en cascada» o «en paralelo»

Además, el artículo 42 RD 1955/2000 establece que «[...] Las redes de distribución deberán ser dimensionadas con capacidad suficiente para atender la demanda teniendo en cuenta las previsiones de su crecimiento en la zona».

Así pues, del contenido de los preceptos citados se desprende el carácter exclusivo con que opera el distribuidor en una zona de suministro determinada, de manera que las obligaciones de suministro (dentro de las cuales encontramos la obligación de ampliación de red) se atribuyen solo a éste; lo cual impide un eventual modelo de zonas eléctrica indefinidas y abiertas a cualquier empresa y, en consecuencia, que aparezcan las ineficiencias propias de la distribución «en cascada» y «en paralelo».

2. El régimen de acometidas

Otra de las condiciones para el ejercicio de la actividad de distribución pasa por el cumplimiento de un régimen de acometidas, el cual definirá las relaciones entre los propietarios del suelo y las empresas distribuidoras con ocasión de la construcción de las infraestructuras eléctricas necesarias para la prestación del suministro.

El artículo 14.9 LSE establece que los pagos por derechos por acometidas serán realizados por los sujetos del sistema a los titulares o gestores de la red, en base a unos criterios definidos reglamentariamente.

Así, será el RD 1048/2013, de 27 de diciembre, por el que se establece la metodología para el cálculo de la retribución de la actividad de distribución de energía eléctrica (39), el que defina este marco de asignación de costes de ejecución de infraestructuras eléctricas, las cuales van a incluir la red exterior de alimentación y los refuerzos necesarios para garantizar el suministro eléctrico. Específicamente, el artículo 24 define los pagos por derechos de acometida como aquella contraprestación económica que debe ser satisfecha a la distribuidora por la realización de un conjunto de actuaciones necesarias para atender un nuevo suministro o para ampliar el existente. Estos pagos incluirán conceptos: i) por derechos de extensión; ii) por derechos de acceso; y iii) por derechos de supervisión de instalaciones cedidas.

En concreto, el artículo 25 se refiere a los criterios para la determinación de los pagos por derechos de extensión. Habrá que distinguir dos supuestos.

En primer lugar, las instalaciones de nueva extensión de red, que atiendan solicitudes de nuevos suministros o ampliación de existentes, de hasta 100 kW

(39) BOE núm. 312, de 30 de diciembre de 2013.

en baja tensión y los 250 kW en alta tensión serán realizadas por la empresa distribuidora, dando lugar a la aplicación de los correspondientes derechos de extensión, los cuales deberán ser satisfechos por el solicitante en base a unos criterios definidos en párrafo segundo del número 1 del artículo 25.

Por otro lado, aquellas instalaciones de nueva extensión de red, necesarias para atender las solicitudes de nuevos suministros o ampliación de los existentes, que superen las potencias señaladas *supra* tendrán un coste de ejecución que correrá a cargo del solicitante, en base a un pliego de condiciones técnicas y a un presupuesto económico que le remitirá el distribuidor; por lo que no se procederá al cobro de derechos de extensión. Tal remisión será obligatoria para el distribuidor (artículo 25.3).

Este último —el presupuesto— se refiere al coste económico de la ejecución de los trabajos contenidos en el pliego de condiciones técnicas, el cual se refiere a: *i)* Determinados trabajos que deben ser realizados obligatoriamente por el distribuidor; esto es, refuerzos, adecuación, adaptación o reforma de instalaciones de la red de distribución existente en servicio (artículo 25.3.a.1.º); y también a *ii)* Otros trabajos que podrán ser ejecutados, además de por la propia distribuidora, por una empresa instaladora legalmente autorizada; en este caso se trata de trabajos necesarios para la nueva extensión de red desde la red de distribución existente (artículo 25.3.a.2.º).

Específicamente, en relación a la obligación de presentación de presupuesto sobre trabajos del 25.3.a.2.º, el Tribunal Supremo (sala 3ª) se ha pronunciado, a través de la Sentencia 1030/2017, de 12 de junio (Recurso núm. 344/2012), acerca de la posible afectación negativa que ello comporta en un escenario competitivo de mercado. Así, el tribunal decide suprimir esta obligación, salvo petición expresa del presupuesto por parte del solicitante de nueva extensión de red, al entender que ello implica un obstáculo a la libertad de empresa y vulnera, por tanto, el artículo 12.3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (40) y 38 de la Constitución Española (41). En concreto, entiende que este presupuesto «(...) instaura ventajas competitivas para las empresas distribuidoras de la zona en detrimento del resto de instaladores que compiten en este mercado (...) pues desincentiva al resto de operadores que desarrollan su actividad en este mercado liberalizado a proponer presupuestos a los solicitantes de extensión de red, y limita las facultades de elección del cliente, que se ve inducido a no buscar ofertas alternativas (...)».

Por este motivo, atendiendo la sentencia citada, la propuesta de RD de acceso y conexión ha modificado (a través de la Disposición final séptima) el

(40) BOE núm. 159, de 4 de julio de 2007.

(41) BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1978.

artículo 25.3.b.2.º RD 1048/2013, el cual quedaría redactado de la siguiente forma: «A petición expresa del solicitante, el distribuidor presentará un presupuesto detallado según el desglose recogido en el pliego de condiciones técnicas de los trabajos necesarios para la nueva extensión de red desde la red de distribución existente hasta el primer elemento propiedad del solicitante». Además, para el caso de que exista tal petición, «La empresa distribuidora deberá hacer constar de manera expresa en el presupuesto que dichas instalaciones podrán ser ejecutadas bien por la empresa distribuidora o bien por un instalador autorizado que deberá llevar a cabo la instalación de acuerdo con las condiciones detalladas en el pliego de prescripciones técnicas, a las condiciones técnicas y de seguridad reglamentarias y a las establecidas por la empresa distribuidora y aprobadas por la Administración Pública competente».

Por último, de conformidad con lo establecido en el apartado c) del artículo 53.1 LSE, las acometidas podrán requerir las autorizaciones administrativas definidas en el citado precepto, y que son examinadas *infra*, cuando una norma de rango reglamentario así lo establezca.

3. La autorización

A) Introducción

De partida, debemos recordar la ya examinada distinción entre los dos niveles de conducción que caracterizan a las actividades energéticas de infraestructura en red (mayorista o troncal y minorista o regional) presenta importantes consecuencias a tomar en consideración.

En primer término, las redes mayoristas o de transporte energético suelen ser propiedad de una sola empresa (véase REE, ENAGÁS y CLH). Esta configuración subraya su naturaleza monopolística o de barrera natural de entrada al mercado energético estratégico en cuestión. Además, presenta una dimensión territorial de carácter supracomunitario que convierte a su regulación y autorización normalmente en una competencia del Estado. Así, en el sector eléctrico, vemos cómo la autorización o designación del propietario y gestor de la red de transporte (REE) se atribuyó al Gobierno, y específicamente al Ministerio de Industria, Energía y Turismo (42).

Por su parte, las redes minoristas o secundarias de distribución energética presentan una dimensión territorial limitada a una circunscripción concreta que, consecuentemente, permite que su titularidad esté fragmentada por zonas, lo que no impide que esas redes sean calificadas como infraestructuras estratégicas esenciales cuyo uso debe estar abierto al acceso de las distintas empresas

(42) Suárez Saro (2006: pp. 577-580).

que operan en el sector energético en cuestión. Así pues, al no presentar esa vertiente territorial nacional, las Comunidades Autónomas podrán asumir competencias reguladoras y de autorización de las instalaciones de distribución. Ello sin perjuicio de que se atribuyan competencias a las corporaciones locales con ocasión del emplazamiento físico de las redes que deben atravesar el término respectivo aprovechando generalmente el demanio viario (43). Esto es lo que sucede con las empresas de distribución de electricidad, cuyo régimen de autorizaciones, en aras de garantizar niveles adecuados de separación de actividades ya examinados, corresponde aquí tratar.

Así pues, el ejercicio de la actividad de distribución de electricidad requerirá de la obtención por parte de la distribuidora de una autorización administrativa habilitante a tal efecto. La autorización va a garantizar una inserción de la actividad de distribución de electricidad en el sistema que responda a criterios de coordinación técnica y económica. Para ello, la autoridad autorizante velará por que se respeten principios comunes dirigidos a garantizar adecuadas relaciones con el resto de actividades que no distorsionen el buen funcionamiento del mercado, unas condiciones de tránsito de la electricidad por las redes y un trato igualitario y no discriminatorio entre todas las empresas distribuidoras (44).

En ningún caso la autorización dará lugar a un aprovechamiento exclusivo de la actividad de distribución en beneficio del titular de instalaciones, puesto que esas redes se ponen a disposición de aquellos agentes que quieran acceder. Se trata de una garantía contenida en el artículo 8.2 LSE, el cual dispone que *«Se garantiza el acceso de terceros a las redes de transporte y distribución en las condiciones técnicas y económicas establecidas [...]»*.

B) Ámbito subjetivo. Cesión de instalaciones y nuevas áreas

El sujeto de la autorización de instalaciones de distribución es la empresa distribuidora de la zona. Corresponde ahora tratar la situación prevista en el artículo 39.3 LSE y en los apartados 5 y 8 del artículo 25 RD 1048/2013. Los preceptos establecen que la empresa distribuidora de la zona va a recibir la cesión de las instalaciones destinadas a más de un consumidor por parte de su titular, pues éstas tendrán la consideración de red de distribución. De manera que la distribuidora de la zona responderá de la seguridad y calidad de suministro de éstas. Asimismo, cuando sean varios los distribuidores de la zona a los cuales se puedan ceder estas instalaciones, la Administración competente en materia de autorización de éstas será la que determine, en base a

(43) ESTOA PÉREZ (2009: pp. 633-635).

(44) RODRÍGUEZ PARAJA (2009: p. 585).

criterios de mínimo coste para el conjunto del sistema, cuál de estas empresas distribuidoras resultará beneficiaria de la cesión.

Además, otra cuestión controvertida desde esta panorámica subjetiva acontece cuando en una nueva área a electrificar existen varios distribuidores que ostentan la ejecución de la misma. De nuevo el artículo 39.3 LSE resuelve la disputa, disponiendo que la Administración competente para la autorización será la que determine cuál de las empresas va a operar esa nueva zona. En este caso, la Administración deberá decidir en base al criterio de red única y procurando generar el menor coste de retribución para el conjunto del sistema.

C) Competencia

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 3.13.b) LSE, compete a la Administración General del Estado autorizar las infraestructuras de distribución de electricidad cuando éstas no excedan del ámbito territorial de una Comunidad Autónoma o, como dispone el artículo 3.2. LSE 1997, cuando su aprovechamiento afecte a más de una Comunidad Autónoma. Por lo que, de no darse estas condiciones, la competencia será atribuida a la Comunidad Autónoma en cuestión.

Por otro lado, el artículo 113 RD 1955/2000 dispone que la competencia para emitir autorizaciones es de la Administración General del Estado, y específicamente de la Dirección General de Política Energética y Minas (en adelante, DGPEyM) del actual Ministerio de Energía, Turismo y Agenda Digital (en adelante, MINETAD). Siendo posible que, para determinados casos, la competencia se atribuya a las dependencias de Industria y Energía de las Delegaciones o Subdelegaciones del Gobierno de las provincias donde radique la instalación.

Todo ello sin perjuicio de que el Ministerio del que depende la DGPEyM celebre convenios con las Comunidades Autónomas a través de los cuales encomiende algunas actuaciones que acontecen durante el procedimiento de autorización de instalaciones de distribución de electricidad.

D) Objeto y procedimiento

En relación al objeto o finalidad que persigue la autorización administrativa, el artículo 39 LSE prevé un régimen de autorizaciones para «[...] *la puesta en funcionamiento, modificación, transmisión y cierre definitivo de las instalaciones de distribución de energía eléctrica [...]*» y hace una remisión a la LSE y a la normativa reglamentaria, donde se definirán las especificidades procedimentales propias que deben atenderse para la concesión de autorización.

Así, el artículo 53 LSE (que lleva por rúbrica «Autorización de instalaciones de transporte, distribución, producción y líneas directas») y aquellos contenidos en el Título VII RD 1955/2000 (sobre «Procedimientos de autorización de las instalaciones de producción, transporte y distribución») definirán rigurosamente los requisitos y el cauce procedimental que deben respetarse en el proceso de autorización administrativa de empresas distribuidoras, respetando el siguiente esquema:

i) Puesta en funcionamiento

Para que nuevas instalaciones comiencen a operar la actividad de distribución es necesaria, en primer lugar, una *autorización previa*, la cual se tramitará con el anteproyecto de la instalación de distribución como documento técnico y, en su caso, de forma conjunta con la evaluación de impacto ambiental que requieren ciertos proyectos.

A continuación, una *autorización de construcción* que permitirá a la empresa solicitante comenzar a elaborar las infraestructuras necesarias y que, en su caso, podrá llegar a tramitarse de forma conjunta con la autorización previa. El solicitante deberá presentar un proyecto de ejecución junto a una declaración responsable de cumplimiento de la normativa vigente, así como las condiciones de carácter técnico que vengan impuestas por Administraciones, organismos o empresas que presten servicios públicos en lo relativo a bienes y derechos de su propiedad que puedan verse afectados por la instalación de distribución. Obtenida la autorización de construcción, su titular solicitará la aprobación del proyecto de ejecución de conformidad con lo establecido en los artículos 130 y 131 RD 1955/2000.

Y, por último, se requiere una *autorización de explotación*, la cual permitirá que, una vez ejecutado el proyecto, se pongan en tensión las instalaciones y se proceda a su explotación. A la solicitud de autorización, como dispone el artículo 132 RD 1955/2000, se acompañará un certificado de final de obra emitido por un técnico facultativo con competencia, donde se hará constar que se han respetado las especificidades definidas en el proyecto de ejecución aprobado y las contenidas en la reglamentación técnica aplicable.

Así pues, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 53.4 LSE, para la obtención de estas autorizaciones el solicitante deberá acreditar suficientemente: las condiciones técnicas y de seguridad de las infraestructuras y del equipo asociado; el cumplimiento de la normativa sobre protección medioambiental (45); las características propias del emplazamiento de la ins-

(45) De manera que, de conformidad con lo establecido en el artículo 124 RD 1955/2000, los proyectos de instalaciones de distribución se someterán a evaluación de impacto ambiental cuando así lo exija la normativa aplicable.

talación (46); y la adecuada capacidad legal, técnica y económico-financiera para la ejecución del proyecto.

Destacadamente, este último requisito es desarrollado por el artículo 37 RD 1955/2000, previa remisión contenida en el artículo 121.2 del reglamento. El precepto detalla cuáles son las certificaciones necesarias para acreditar suficientemente esta capacidad.

La capacidad legal va a requerir de los solicitantes que revistan la forma de sociedad mercantil, de nacionalidad española o de otro Estado de la UE con establecimiento permanente en España, la cual deberá estar debidamente inscrita en los registros correspondientes. También pueden acreditar dicha capacidad las sociedades cooperativas de consumidores y usuarios de conformidad con lo dispuesto en el citado reglamento. Es por ello que deberá quedar acreditada la separación jurídica y funcional de la empresa solicitante respecto de empresas que operen en el resto de actividades.

Sobre la capacidad técnica, el precepto establece que las sociedades deberán, de un lado, contar con 25 MVA de transformación o 50 km de líneas o 1.000 clientes en instalaciones sin solución de continuidad eléctrica, debiendo presentar un plan de negocio (de inversiones en activos y de gastos de mantenimiento de activos) auditado en plazo máximo de tres años, y, de otro, contar con suficiente capacidad para realizar la lectura y facturación de los clientes.

Y, por su parte, existirá capacidad económica cuando quede acreditado poseer un inmovilizado material mínimo de un valor económico determinado que esté financiado por la propia empresa solicitante al menos al 50 por 100.

Por tanto, la Administración competente solo podrá denegar la autorización si no se cumplen los requisitos arriba relacionados o si observa una incidencia negativa de la instalación en el funcionamiento del sistema. Asimismo, el ulterior incumplimiento de estos requisitos o la variación sustancial de los presupuestos que justificaron su otorgamiento podrá dar lugar a la revocación de la autorización, previo trámite de audiencia al interesado.

ii) Modificación

El precepto distingue entre modificaciones sustanciales y no sustanciales. A tal efecto, dispone que todas aquellas modificaciones de las instalaciones de distribución que tengan la consideración de no sustanciales podrán estar exentas, si así lo establece la Administración competente, de la autorización

(46) El artículo 123 RD 1955/2000 detalla la información que debe contener la solicitud: *i)* Ubicación de la instalación, así como el origen, recorrido y fin de la línea de distribución; *ii)* objeto y características de la instalación de distribución; y *iii)* planos de la instalación a escala mínima 1:50.000.

previa y de construcción. Siendo siempre preceptiva en estos casos la autorización de explotación. Por su parte, las distribuidoras que realicen modificaciones sustanciales requerirán de todas las autorizaciones ya relacionadas.

Es por ello que la definición de modificación sustancial se atribuye al ejecutivo, quien desarrollará reglamentariamente criterios que atiendan a las características técnicas de las modificaciones que el solicitante quiera llevar a cabo.

iii) Transmisión y cierre

La transmisión y cierre temporal o definitivo requerirán de autorización administrativa en los términos definidos en la LSE y en la normativa de desarrollo; teniendo la Administración autorizante un plazo para dictar y notificar la contestación a las peticiones de cierre, temporal o definitivo, o transmisión de seis meses.

Sobre la solicitud de transmisión, el artículo 133 RD 1955/2000 establece que ésta deberá ir acompañada de documentación que acredite suficientemente la capacidad legal, técnica y económica del titular de la instalación.

Por su parte, el artículo 53 LSE establece que, cuando se autorice el cierre definitivo, el titular de la infraestructura deberá proceder a su desmantelamiento, salvo que la autorización administrativa de cierre permita lo contrario. En este caso, como dispone el artículo 135 RD 1955/2000, el titular de la instalación deberá acompañar a su solicitud un proyecto de cierre donde se detallen las circunstancias de carácter técnico, económico y ambiental, entre otras, que motiven el cierre, así como una actualización de los planos a escala.

Asimismo, el artículo 137 del citado reglamento requiere el informe previo del operador del sistema y gestor de la red de transporte (REE) cuando los solicitantes sean titulares de instalaciones que estén bajo la gestión de éste. En este punto, debemos entender que las distribuidoras que sean titulares y gestoras de mallado de red de transporte secundario estarían bajo la gestión técnica del operador del sistema y, por tanto, los solicitantes de cierre de las mismas necesitarían un informe previo emitido por éste.

4. El acceso y conexión de la distribuidora a la red de transporte. Resolución de conflictos (47)

Además de la virtualidad que presenta la autorización administrativa en el desarrollo de la actividad de distribución de electricidad, cabe significar

(47) En el presente epígrafe tratamos las condiciones de acceso y conexión de instalaciones de distribución a la red de transporte de electricidad. Si bien, aunque no es objeto de estudio, también cabe observar condiciones de acceso y conexión en sentido opuesto, esto es, de las instalaciones de producción y de empresas comercializadoras a la red de distribución.

que, como dispone el RD 1955/2000 (48), ésta atribuye al distribuidor los derechos de acceso y conexión de sus instalaciones a la red de transporte y distribución de electricidad, esto es, el denominado «Acceso de Terceros a la Red» (en adelante, ATR).

El ATR es definido como un derecho de tránsito de energía reconocido a la empresa beneficiaria de la autorización, es decir, a la empresa distribuidora que se encuentra tradicionalmente en la zona. Asimismo, en casos de ampliación de red con ocasión de nuevas zonas de consumo, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41.1.i) RD 1955/2000, la empresa beneficiaria de la autorización seguirá siendo la distribuidora de la zona, pues la ampliación correrá a cargo de la empresa que, a juicio de la Administración competente, implique menor coste y mayor racionalidad económica y técnica al sistema.

En otras palabras, la previa existencia de una empresa distribuidora instalada en una zona eléctrica y, en su caso, la atribución preferente u obligada de la ampliación de red otorgada a la distribuidora de la zona impide que se reconozca a una empresa distinta a ésta el derecho de acceso y conexión de sus instalaciones a la red de transporte y distribución, imposibilitando así la ineficiente distribución «en paralelo» y «en cascada», respectivamente.

Vemos así que, con toda seguridad, un eventual nuevo operador en una zona eléctrica determinada no va a acoplar el nuevo tendido de red a instalaciones preexistentes de distribución o transporte secundario (véase el artículo 34.2 LSE) que sean titularidad de una empresa distinta a la que tradicionalmente opera en calidad de distribuidora de la zona. Por tanto, no cabe analizar las condiciones de conexión y acceso de la nueva distribuidora a instalaciones que ya son de su propiedad. Siendo por ello que vamos a tratar solo las condiciones de conexión y acceso de las instalaciones titularidad de una empresa distribuidora a la red de transporte de electricidad.

Así, la Ley del Sector Eléctrico de 1997 y el RD 1955/2000 delimitan con precisión la distinción entre conexión y acceso de red de distribución a la red de transporte. De un lado, el derecho a estar conectado a un punto específico de la red de transporte existente o planificada, otorgado por el

Asimismo, nos referimos a las resoluciones de conflictos de acceso y conexión de distribución a la red de transporte electricidad, y no los que se planteen con ocasión de las solicitudes de acceso y conexión de otras actividades (producción y comercialización) a la red de distribución.

(48) Véase, de un lado, el artículo 52.1, el cual dispone que «Tendrán derecho de acceso, a la red de transporte, los productores, los autoprodutores, los distribuidores, los comercializadores, los agentes externos, los consumidores cualificados y aquellos sujetos no nacionales autorizados que puedan realizar tránsitos de electricidad entre grandes redes», y, de otro, el artículo 60.1, el cual establece que «Tendrán derecho de acceso a la red de distribución los productores, los autoprodutores, los distribuidores, los comercializadores, los agentes externos y los consumidores cualificados».

titular de la red de transporte de electricidad. De otro, el derecho a tener acceso o uso de la red en las condicionales legalmente definidas al efecto, el cual será otorgado por la empresa gestora de la red de transporte (49). En ambos casos, habrá que diferenciar entre la concesión de conexión y acceso a la red de transporte primario, que correrá siempre a cargo del operador del sistema (REE), o secundario, que podrá atribuirse a una empresa distribuidora de la zona que actúe como propietaria y gestora de mallado de red de transporte.

Por su parte, la LSE de 2013 diseña, en su artículo 33, un modelo basado en permisos de conexión y de acceso que será de aplicación una vez tenga lugar el desarrollo reglamentario oportuno en la materia. Hasta llegado ese momento se aplicarán específicamente las disposiciones contenidas Ley 54/1997 y en el RD 1955/2000.

A tal efecto, la normativa citada va a definir las causas de denegación de solicitudes por falta de capacidad y otros motivos de carácter técnico relacionados con la falta de seguridad, regularidad y calidad de suministro, así como otras cuestiones procedimentales que vertebran la tramitación de los permisos de conexión y acceso (50).

Por otro lado, podrán existir controversias en torno a la concesión de estos permisos, los denominados conflictos de conexión y acceso a la red de transporte de electricidad. Por un parte, el acceso tendrá que ver con la formación de un mercado de la electricidad competitivo (51), siendo la competencia para resolver los conflictos de acceso de carácter estatal y, específicamente, atribuida a la autoridad reguladora nacional, la CNMC (52).

(49) De igual forma el derecho de acceso a la red de distribución será otorgado por la empresa gestora de la red. Si bien en este punto, recordamos que en la práctica no se observa que una empresa distinta a la propietaria sea gestora de la red de distribución, lo cual que impide apreciar que el acceso de nueva instalación que otorga el gestor sea concedido por empresa distinta a la propietaria distribuidora de la zona. Aunque, según el tenor literal del RD 1955/2000, podría darse el caso de que el gestor de la red de distribución que concede el permiso de acceso fuese una distribuidora distinta a la que tradicionalmente opera en la zona, habida cuenta de la cobertura legal que otorga el artículo 39.2 del citado reglamento, el cual dispone que podrán «[...] alcanzarse acuerdos entre empresas distribuidoras para la designación de un único gestor de la red de distribución para varias zonas eléctricas de distribución [...]».

(50) A mayor abundamiento sobre las condiciones de acceso y conexión a la red de transporte de electricidad, Vid. LEIVA LÓPEZ (2017a: pp. 110-116).

(51) Véase PAJUELO IGLESIAS (2009: p. 575).

(52) Vid. los artículos 33.3 LSE y 53.8 RD 1955/2000, los cuales disponen que la CNMC resolverá a petición de cualquiera de las partes afectadas los conflictos planteados en relación al permiso de acceso y a las denegaciones del mismo emitidas por el operador del sistema y gestor de la red de transporte (REE).

Por otra parte, la conexión se refiere a las condiciones técnicas y de seguridad de las instalaciones que se acoplan a la red de transporte, existente o planificada, quedando la competencia para resolver conflictos de conexión en manos no solo del Estado, sino además de las autonomías. Según lo dispuesto en el artículo 33.5 LSE, para esta delimitación competencial habrá que diferenciar entre conflictos relativos a instalaciones de transporte de competencia de la AGE que se despachan en la CNMC y conflictos relativos a redes cuya autorización es autonómica que serán resueltos por el órgano competente de la Comunidad Autónoma correspondiente, previo informe vinculante de la CNMC (53). Aunque, hasta producido el desarrollo reglamentario sobre el que ya nos hemos pronunciado, se aplicará el artículo 57.2 Ley 54/1997, el cual dispone que «[...] el solicitante podrá plantear un conflicto (de conexión) ante la Comisión Nacional de Energía (actual CNMC) de acuerdo con el apartado 8 del artículo 53 del presente Real Decreto (relativo al conflicto de acceso)».

VI. MARCO DE COOPERACIÓN REGIONAL ENTRE ESTADOS EN MATERIA DE DISTRIBUCIÓN

Una vez estudiado el papel que juegan las distribuidoras en el mercado eléctrico y las condiciones para el ejercicio de la actividad de distribución, corresponde examinar cuál es el marco de cooperación regional existente entre Estados miembros en materia de distribución, especialmente con ocasión del nuevo Paquete de Invierno Energético (en inglés, «*Winter Package*») aprobado recientemente por la Comisión Europea.

Esta iniciativa europea persigue lograr un entorno favorable para el ciudadano a través de una adecuada explotación de las redes de electricidad que necesariamente debe estar bien interconectada con países vecinos y que, por tanto, estará basada en la cooperación entre Estados, y, específicamente, entre los gestores de red de distribución que operan en cada territorio.

Y es que nos encontramos en un nuevo paradigma tecnológico y medioambiental que ha ocasionado grandes cambios en los mercados europeos de electricidad. Principalmente, es la alta penetración de tecnologías de producción

(53) El informe de la CNMC trata de ofrecer mayor uniformidad a la conexión a la red de transporte y tendrá carácter vinculante en lo relativo a las condiciones económicas y temporales de los calendarios de ejecución de las instalaciones de los titulares de redes recogidas en la planificación de la red de transporte. Destaca la STC 32/2016, de 18 de febrero, en atención a un recurso interpuesto por el Gobierno de la Generalidad de Cataluña, la cual dispone que «[...] el carácter vinculante del informe no es sino la consecuencia de ese mismo carácter vinculante atribuido a la planificación eléctrica de la red de transporte [...]».

incentivadas procedentes de fuentes de energía renovable (solar, eólica..) (54), por las características físicas que presenta (intermitencia, imprevisibilidad y descentralización), la que ha demandado una menor rigidez normativa en materia de explotación de redes y un mayor grado de coordinación entre gestores.

En este nuevo paquete, que se prevé que reciba luz verde del Parlamento en aproximadamente dos años, se ha aprobado una propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo al mercado interior de la electricidad (55) (en adelante, propuesta de Reglamento MIE), en la cual se puntualizan diversas cuestiones contenidas en el vigente Reglamento 714/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio, relativo a las condiciones de acceso a la red para el comercio transfronterizo de electricidad (56).

Esta propuesta de Reglamento MIE crea una entidad europea de los gestores de red de distribución de la Unión (en adelante, la entidad de los GRD de la UE), la cual desarrollará una metodología de trabajo encaminada a lograr la eficiencia, transparencia y representatividad entre los gestores de red de distribución que operan en los distintos países de la Unión Europea. El artículo 49 establecerá una limitación, disponiendo que solo podrán formar parte de ésta aquellos gestores de distribución que no formen parte de una empresa integrada verticalmente, esto es, que se hubieran acogido al modelo DSO. Asimismo, esta entidad trabajará en base a un marco de cooperación definido para sus relaciones con los gestores de red de transporte y con la entidad europea que los representa, esto es, la red europea de gestores de redes de transporte de electricidad (en adelante, REGRT-E). Pues la coordinación solo desplegará plenos efectos cuando se dé entre los sistemas de distribución y transporte y, además, cuando se otorgue cierto protagonismo a los Estados y autoridades reguladoras (57).

La entidad de los GRD de la UE, entre otras funciones que tiene atribuidas (58), elaborará estudios orientativos acerca de la necesidad de integra-

(54) Sobre las medidas de fomento de la producción renovable que justifican a día de hoy su protagonismo en el sistema y, en consecuencia, la necesidad de adaptación de las normas sobre explotación de las redes, Vid. MORA RUIZ (2014: pp. 38-60) y DEL GUAYO CASTIELLA (2012: pp. 217-254).

(55) COM (2016) 861 final. Bruselas, 23 de febrero de 2017.

(56) DOUE núm. 211, de 14 de agosto de 2009.

(57) Prueba de la existencia de intenciones reales de cooperación son los diversos estudios provenientes de estas entidades elaborados hasta la fecha. Vid, p. ej, REGRT-E (en inglés, ENTSO-E) Policy paper «Power regions for the Energy Union: regional energy forums as the way ahead», october 2017.

(58) Enumeradas en el artículo 51 de la propuesta de Reglamento MIE: «1. Las tareas de la entidad de los GRD de la UE serán las siguientes: a) operación y planificación coordinadas de las redes de transporte y distribución; b) integración de los recursos energéticos renovables, la generación distribuida y otros recursos contenidos en la red de distribución,

ción de las tecnologías de generación distribuida y almacenamiento en las redes de distribución y su afectación a las labores de gestión de la misma. Específicamente, la propuesta persigue garantizar un marco de cooperación y coordinación adecuado entre gestores de red de distribución y los gestores de red de transporte en materia de elaboración de códigos de red europeos para el mercado transfronterizo, cuya misión es permitir un acceso efectivo y transparente a las redes a través de las fronteras y lograr altos niveles de capacidad de interconexión entre países. Estos códigos son normas que definen las condiciones de seguridad y operación de las redes transfronterizas, pues, por exigencias del Tercer Paquete Energético, la transmisión de electricidad entre países debe adecuarse a las normas definidas en códigos de red europeos. El vigente Reglamento 714/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio, sobre las condiciones de acceso a la red para el comercio transfronterizo de electricidad, atribuyó a la REGRT-E el papel protagonista en su elaboración, siendo la propuesta de Reglamento MIE la que por primera vez permite la intervención de los gestores de red de distribución, representados por la entidad de GRD de la Unión (59).

VII. LA INTEGRACIÓN DE LA GENERACIÓN DISTRIBUIDA EN LA RED DE DISTRIBUCIÓN

En el modelo eléctrico convencional, la actividad de generación se encuentra concentrada en un pequeño número centrales eléctricas repartidas por todo el territorio. Frente a este sistema tradicional surge uno alternativo denominado generación distribuida, el cual tiene la finalidad de acercar los centros de producción a las zonas de consumo. Destacadamente, dentro de la generación

como el almacenamiento de energía; c) desarrollo de la respuesta de la demanda; d) digitalización de las redes de distribución, incluido el despliegue de redes inteligentes y sistemas de contador inteligente; e) gestión de los datos, ciberseguridad y protección de datos; f) participación en la elaboración de los códigos de red. 2. Además, la entidad de los GRD de la UE deberá: a) cooperar con la REGRT de Electricidad en el seguimiento de la aplicación de los códigos de red y las directrices que sean pertinentes para la gestión y planificación de las redes de distribución y la operación coordinada de las redes de transporte y distribución, y que se adopten con arreglo al presente Reglamento; b) cooperar con la REGRT de Electricidad y adoptar las mejores prácticas sobre la operación coordinada y la planificación de los sistemas de transporte y distribución, incluyendo aspectos como el intercambio de datos entre los operadores y la coordinación de los recursos energéticos distribuidos; c) trabajar en la determinación de las mejores prácticas y para introducir mejoras de la eficiencia energética en la red de distribución; d) adoptar un programa de trabajo anual y un informe anual; e) funcionar con plena observancia de las normas de competencia».

(59) Sobre los aspectos procedimentales en la elaboración de los códigos de red europeos, vid. LEIVA LÓPEZ (2017b: pp. 18-21).

distribuida existe un segmento orientado al autoconsumo (60), donde cada vez son mayores los avances ingenieriles y menor el coste de inversión, especialmente en el ámbito doméstico (p. ej., placas fotovoltaicas, baterías de almacenamiento...) (61). En este orden de cosas, la complementariedad entre ambos sistemas constituye la base para el desarrollo de los modelos eléctricos del futuro.

Así pues, la integración de tecnologías de generación distribuida en la red de distribución puede constituir, más allá de una mera conexión entre instalaciones de producción y consumo, un elemento de eficiencia, producción y gestión en un nuevo modelo de suministro eléctrico. Este nuevo paradigma permite optimizar la demanda eléctrica en horas punta de consumo y mejora el servicio de suministro eléctrico en zonas rurales alejadas de la red o en áreas urbanas donde la red está congestionada. Aunque al tratarse de una forma de producción cuyo control no está centralizado y, por tanto, dependiente de las circunstancias de los titulares de las instalaciones, la operación del sistema se complica afectando a distribuidores y comercializadores.

La generación distribuida supone mejoras diversas sobre la red de distribución, si bien habrá que hacer matizaciones en algunas de ellas.

En primer lugar, acercar la producción al consumo supone una mejora técnica en lo referido a reducciones de pérdidas en la red hasta casi el mínimo. Se trata de una cuestión de gran interés, pues actualmente, por las grandes distancias existentes entre centrales de producción y áreas de consumo, las pérdidas de electricidad representan un parte importante de la energía de tránsito.

A mayor abundamiento, la transmisión de este producto por estos largos conductores eléctricos se enfrenta a una resistencia que se transforma en calor, de manera que parte de la electricidad no llega al destinatario y se disipa a la atmósfera. El nivel de pérdidas será mayor o menor dependiendo de la intensidad a la que la electricidad se transmite en cada momento, así como de la longitud y sección del conductor (62). Así, las redes de distribución de

(60) Entendido como el consumo de electricidad practicado por la misma persona física o jurídica que la genera. Es una materia regulada por el Real Decreto 900/2015, de 9 de octubre, por el que se regulan las condiciones administrativas, técnicas y económicas de las modalidades de suministro de energía eléctrica con autoconsumo y de producción con autoconsumo. Sobre las especificidades de su regulación legal y más recientes pronunciamientos de la jurisprudencia, vid. DEL GUAYO CASTIELLA, DOMINGO LÓPEZ y LEIVA LÓPEZ (2017: pp. 103-142).

(61) Véase GALÁN SOSA (2016: pp. 130-132).

(62) A una distancia determinada entre producción y consumo y con una sección del conductor y energía determinada, las pérdidas de electricidad por calentamiento de la red serán menores cuanto menor sea la intensidad y mayor la tensión (recuérdese que la potencia transmitida es el producto resultante de la tensión —voltios— y la intensidad —amperios—). Dicho en otras palabras, las altas tensiones van a permitir transportar grandes cantidades de electricidad con menor intensidad y, por tanto, con pérdidas mínimas, vid. FABRA UTRAY (2017: pp. 21-22).

tensión menor, que cubren largas distancias y requieren de gran intensidad en su transmisión, van a ser las que ocasionen mayor nivel de pérdidas.

Por tanto, la generación distribuida, al reducir estas largas distancias, van a contribuir positivamente a la reducción de pérdidas en la red de distribución de baja tensión. Que los caminos sean más cortos favorece al sistema, o, en otras palabras, que la conectividad sea mayor reduce las pérdidas del sistema. Además, la existencia de micro redes ofrece un servicio técnico fiable y un sistema eléctrico menos vulnerable a fallos del suministro imputables a la actividad de distribución.

Por otro lado, desde un punto de vista económico, y precisamente con motivo de la reducción de pérdidas en la distribución, la generación distribuida va a disminuir los costes fijos y variables en que incurre el mix tecnológico en el sector. Pues el modelo tradicional de suministro eléctrico ha provocado no solo que se pierdan grandes cantidades de energía primaria, sino además incurrir en un mayor gasto de inversión necesario para generar esa electricidad que finalmente se pierde en el camino.

Por último, las mejoras introducidas en la red gracias a las tecnologías de generación distribuida van a tener un impacto medioambiental positivo. Pues ese alto nivel de pérdidas ha necesitado mayor producción de energía por parte de las centrales y, en consecuencia, un mayor impacto negativo sobre el medio ambiente. Asimismo, los grandes proyectos de construcción que requiere el modelo tradicional provocan en ocasiones cierta controversia acerca de su impacto ambiental en la región afectada.

En general, las tecnologías de generación distribuida están basadas en fuentes de energía renovable, por lo que ello contribuye a un mayor desarrollo sostenible, fiabilidad y eficiencia en la configuración de un sólido mercado interior de la electricidad (63).

Aunque, en puridad, no puede afirmarse que la generación distribuida reduzca siempre y en todo caso las pérdidas en la red, pues existen escenarios donde la generación excedente (por ej. la producción con autoconsumo a través de una placa solar que funciona a pleno rendimiento a unas horas determinadas del día) se vierte a la red, esto es, el denominado balance neto (64). Por tanto, en momentos de alta penetración de energía sobrante,

(63) ORTIZ GARCÍA (2017: pp. 267-271).

(64) Entendido como aquel instrumento a través del cual se gestiona la eventual electricidad sobrante. Así pues, existirá un tránsito de energía bidireccional entre el productor y la red de distribución, ya que, de un lado, se coge de ésta cuando las necesidades de consumo superan la generación y, de otro, se vierte la energía sobrante cuando la producción supera la demanda; otorgándose al usuario derecho de consumo diferidos que se van a proyectar sobre la factura eléctrica en forma de compensación. Vid. ORTIZ GARCÍA (2013: pp. 235-240).

al existir un mayor calentamiento de la red, las pérdidas llegan a subir hasta valores que superan los propios del modelo tradicional (65).

En la práctica, observamos cómo operadores pertenecientes a un mismo grupo empresarial ubican sus instalaciones de producción en zonas eléctricas donde ostentan la titularidad y gestión de la red como distribuidores de la zona. En este contexto, y para evitar posibles trabas a solicitudes de acceso al gestor procedentes de instalaciones de generación distribuida (y, especialmente, de autoconsumo), cabe plantearse varios marcos de actuación.

En primer lugar, apostar por la separación entre el propietario y el gestor de la red de distribución, de manera que aquél pueda estar integrado verticalmente. Dicho de otra forma, no sería necesaria ni tan siquiera la separación jurídica y funcional entre el propietario de la red y las empresas que operen el resto de actividades, pues el gestor sería un operador independiente.

Una segunda opción es atribuir propiedad y gestión a un mismo operador, pero dar mayores garantías de separación de éstas respecto del resto de actividades. Por tanto, no solo una separación jurídica y funcional, sino también de propiedad

Y, por último, cabría entender que la separación jurídica y funcional, si se adecua rigurosamente a las especificidades definidas en la ley y normativa comunitaria, debe resultar suficiente en un modelo de distribución donde la titularidad y gestión de la red la ostenta la misma empresa. Así pues, entendemos esta posición como la más acertada, si bien se espera que el regulador asume diligentemente la ardua labor de supervisar el cumplimiento de la normativa por parte de las empresas distribuidoras.

VIII. CONCLUSIONES

Primera.– Durante algún tiempo, la comunidad científica se pronunció acerca de una posible competencia entre redes en el nivel de distribución. Pero, tras sendos pronunciamientos en contra de la denominada «distribución en cascada» y con motivo de lograr una mayor eficiencia económica del sistema, el legislador se inclinó por reconocer derechos de exclusiva, propios de un régimen de monopolio, al distribuidor de la zona.

Entendemos así que un propietario y gestor de red de distribución actúa investido de derechos de exclusiva, pero siempre con sometimiento pleno a las condiciones de acceso de terceros a sus redes definidas reglamentariamente.

(65) Vide EGUIA, Pablo, TORRES, Esther y GARCÍA, Javier (2016), *Proyecto GEDISPER* (Informe final), versión 2, Escuela Técnica Superior de Ingeniería de Bilbao (UPV/EHU), Departamento de Ingeniería Eléctrica, p. 74.

Segunda.— Planteamos la necesidad de que la empresa distribuidora titular y gestora de mallado de red de transporte secundario esté separada patrimonialmente de aquellas que operen en actividades de producción y comercialización. Es decir, ir un paso más allá de la separación jurídica y funcional, pues esta empresa actuará en definitiva como transportista.

Tercera.— La LSE y el RD 1955/2000 definen un régimen de autorizaciones que, por razones de menor coste y mayor racionalidad económica y técnica del sistema, otorga un derecho preferente a la distribuidora de la zona para ampliar la red existente hacia nuevas zonas con necesidades de suministro. Esto impedirá que una empresa distinta a la que tradicionalmente se encuentra en la zona opere estas ampliaciones, de manera que se conseguirán evitar las ineficiencias que caracterizan a la distribución «en paralelo» y «en cascada».

Cuarta.— Sobre la posibilidad remota (pues no se observa en la práctica) de que distribuidoras designaran a un gestor único (art. 39.2 RD 1955/2000), cabe hacer varias apreciaciones: *i)* No entendemos necesaria la separación del titular de la red del resto de actividades en grado alguno, pues las funciones determinantes que se encomiendan al gestor único serían asumidas por empresa distinta a la propietaria de la red; *ii)* De partida, la distribuidora que opera ampliaciones de red no tendrá que pedir acceso a la red existente, pues la ley garantiza que esta ampliación corra a cargo de la propia distribuidora de la zona y, por tanto, la misma empresa. Pero al ser otorgado el acceso por el gestor de la red de distribución existente, cabría plantearse la posibilidad de que la empresa que opera la nueva red de ampliación solicitase el acceso a la red existente a una empresa gestora distinta, cuando el propietario de ésta se hubiera acogido al artículo 39.2 RD 1955/2000.

Quinta.— La recientemente aprobada propuesta de Reglamento MIE (incluida dentro del «Winter Package»), trata de acercar cada vez más las funciones de los gestores de red de distribución a las propias de los gestores de red de transporte. Para ello, configura un marco de cooperación y coordinación entre estos en materia de elaboración de códigos de red europeos para el mercado transfronterizo, los cuales persiguen garantizar un acceso efectivo y transparente a las redes a través de las fronteras, así como alcanzar niveles adecuados de capacidad de interconexión entre países.

Destacadamente, la XXIII Conferencia sobre Cambio Climático de la Convención Marco de las Naciones Unidas, celebrada en Bonn (Alemania) durante el mes de noviembre de 2017, ha servido como punto de encuentro donde verter declaraciones de intenciones que parecen caminar hacia una consolidación de este novedoso marco de cooperación entre gestores.

Sexta.— La generación distribuida permite reducir notablemente las pérdidas en la red de distribución de baja tensión, pero no hay que olvidar que

un adecuado diseño del tendido de red de distribución existente a gran escala también podría lograr una reducción de pérdidas de electricidad.

Por otro lado, ante la posibilidad de que distribuidoras den trato preferente a las solicitudes de acceso a sus redes provenientes de instalaciones de producción operadas por empresas integradas en su misma estructura empresarial, apostamos por un actuar diligente por parte del regulador en su labor de supervisión del adecuado nivel de separación de actividades (jurídica y funcional). Para con ello evitar posibles agravios respecto de solicitudes de acceso provenientes de instalaciones de generación distribuida.

IX. BIBLIOGRAFÍA

- CABALLERO SÁNCHEZ, Rafael (2002): «El papel central de las infraestructuras en red en la liberalización de servicios públicos económicos», en *Revista General de Derecho Administrativo*, núm.1, pp. 1-40.
- (2010): «Las sociedades de infraestructuras estratégicas. El nacimiento de un modelo de compañía regulada al servicio del mercado», en *Revista de Administración Pública*, núm. 181, pp. 135-178.
- DEL GUAYO CASTIELLA, Íñigo, DOMINGO LÓPEZ, Enrique y LEIVA LÓPEZ, Alejandro D. (2016), «Régimen jurídico del auto-consumo en España. A propósito del Real Decreto 900/2015, de 9 de octubre», en Juan CASTRO-GIL AMIGO (coord.), *Riesgo regulatorio en las energías renovables II*, Ed. Aranzadi, pp. 103-142.
- (2016): «Regulación y Derecho Administrativo», en Jose María BAÑO LEÓN (coord.), *Memorial para la reforma del Estado. Estudio en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, vol. 3, Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 2219-2235.
 - (2012), «Seguridad jurídica y cambios regulatorios (a propósito del Real Decreto-ley núm. 1/2012, de 27 de enero, de suspensión de los procedimientos de preasignación de retribución y de supresión de las primas para nuevas instalaciones de producción de energía eléctrica mediante fuentes de energía renovables», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 156, pp. 217-254.
 - (2010): «Separación de actividades, competencia y garantía del suministro, en el sector del Gas Natural», en *Cuadernos de Energía*, núm. 28, pp. 3-44.
- ESTOA PÉREZ, Abel (2009): «El acceso a las redes de transporte y distribución», en Santiago MUÑOZ MACHADO, Marina SERRANO GONZÁLEZ y Mariano BACIGALUPO SAGGESE (dir.), *Derecho de la Regulación Económica*, Sección III («Sector energético»), Tomo I, Segunda Parte («Sector Eléctrico»), Ed. Iustel, pp. 631-677.

- FABRA UTRAY, Jorge (2004): *¿Liberalización o regulación? Un mercado para la electricidad*, Ed. Marcial Pons, Madrid.
- (2017): «El marco actual y potencial del sistema eléctrico español para la generación distribuida de electricidad», en *Revista de Obras Públicas: Órgano profesional de los ingenieros de caminos, canales y puertos*, núm. 3584, pp. 20-25.
- GALÁN SOSA, Jorge (2016): «El prosumidor como nuevo sujeto en el sector eléctrico: propuestas de mejora para la regulación del autoconsumo de energía eléctrica», en *Revista Práctica de Derecho*, núm. 190, pp. 127-166.
- HUNT, Sally (2002): *Making Competition Work in Electricity*, Ed. John Wiley & Sons, Inc., New York.
- LEIVA LÓPEZ, Alejandro D. (2017a), «Regulación y uso de las redes de transporte y distribución de electricidad», en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 108 (mayo-agosto), pp. 87-126.
- (2017b), «Las redes europeas de transporte de electricidad», en *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 46, pp. 1-31.
- LÓPEZ DE CASTRO GARCÍA-MORATO, Lucía y ARIÑO ORTIZ, Gaspar (2004a): «Los servicios energéticos: organización y garantía de la competencia», en *Revista de derecho de las telecomunicaciones e infraestructuras en red*, núm. 20, pp. 11-48.
- (2004b): «Liberalización y Competencia en el Sector Eléctrico. Balance 1998-2003», en Gaspar ARIÑO ORTIZ (dir.), *Privatizaciones y Liberalizaciones en España: Balance y Resultados (1996-2003)*, Ed. Comares, Granada.
- MONTERO PASCUAL, Juan José (1996): «Titularidad privada de los servicios de interés general: Orígenes de la regulación económica de servicio público en los Estados Unidos: El caso de las telecomunicaciones», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 92, pp. 567-591.
- MORA RUIZ, Manuela (2014), «La ordenación jurídico-administrativa de las energías renovables como pieza clave en la lucha contra el cambio climático: ¿un sector en crisis?», en *Actualidad Jurídica Ambiental*, núm. 32 (Febrero), pp. 38-60
- ORTIZ GARCÍA, Mercedes (2017), «El autoconsumo eléctrico», en Rafael GALÁN VIOQUE, Isabel GONZÁLEZ RÍOS y Fernando LÓPEZ RAMÓN (dir.), *Derecho de las energías renovables y la eficiencia energética en el horizonte 2020*, Ed. Aranzadi, pp. 267-297.
- (2013): «El marco jurídico de la generación distribuida de energía eléctrica: autoconsumo, redes inteligentes y el «derecho al sol»», en Fernando GARCÍA RUBIO y Lorenzo MELLADO RUIZ (dir.), *Eficiencia energética y derecho*, Madrid, Ed. Dykinson, pp. 235-286.

- PAJUELO IGLESIAS, Braulio (2009): «Transporte de energía eléctrica», en Santiago MUÑOZ MACHADO, Marina SERRANO GONZÁLEZ y Mariano BACIGALUPO SAGGESE (dir.), *Derecho de la Regulación Económica*, Sección III («Sector energético»), Tomo I, Segunda Parte («Sector Eléctrico»), Ed. Iustel, pp. 535-578.
- SUÁREZ SARO, Joaquín (2006): «El acceso de terceros a las redes de gas y electricidad», en Miriam SANTOS RECH y Fernando CAMEO BEL (coord.), *Derecho de la energía*, Ed. La Ley, pp. 577-604.
- RODRÍGUEZ PARAJA, M^o Ángeles (2009): «La actividad de distribución de energía eléctrica», en Santiago MUÑOZ MACHADO, Marina SERRANO GONZÁLEZ y Mariano BACIGALUPO SAGGESE (dir.), *Derecho de la Regulación Económica*, Sección III («Sector energético»), Tomo I, Segunda Parte («Sector Eléctrico»), Ed. Iustel, pp. 579-630.
- RODRÍGUEZ ROMERO, Luis (1993): «La teoría clásica de la regulación de monopolios naturales», en *Información Comercial Española, ICE: Revista de economía*, núm. 723, pp. 19-33.
- VILLAFRUELA ARRANZ, Luis (2009): «La separación de las actividades de transporte y operación en la regulación comunitaria y española. Hacia el modelo TSO», en *Energía: Ingeniería energética y medioambiental*, núm. 218, pp. 10-18.

DEBATES

LA TRANSPARENCIA PÚBLICA: PASADO, PRESENTE Y FUTURO(*) (**)

SEVERIANO FERNÁNDEZ RAMOS

A Esther Arizmendi,
presidenta del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno

SUMARIO: I. EL PASADO: LA EXENCIÓN DEL PODER EJECUTIVO DEL PRINCIPIO DE PUBLICIDAD: 1. La publicidad del Poder Legislativo y del Poder Judicial en el Estado liberal de Derecho. 2. La ausencia de publicidad del Poder Ejecutivo en el Estado liberal de Derecho y su justificación.– II. EL PRESENTE: LA ECLOSIÓN DE LAS LEYES DE TRANSPARENCIA PÚBLICA: 1. Las leyes nacionales de acceso a la información pública. 2. Las virtudes de la transparencia pública. 3. Las leyes de transparencia pública en España. 4. Las disfunciones del actual marco legal.– III. EL FUTURO: LAS IMPRESCINDIBLES REFORMAS DEL SISTEMA: 1. El reconocimiento del carácter de derecho fundamental del derecho de acceso a la información pública. 2. Las líneas de reforma de la Ley básica. 3. La transparencia de los órganos participativos.– IV. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: Si bien desde los inicios del Constitucionalismo se impuso (al menos, en el plano teórico), como reacción al Antiguo Régimen, la transparencia en el ejercicio de los poderes legislativo y judicial, no sucedió así con el poder ejecutivo: durante casi dos siglos el principio transparencia se detuvo en el umbral de la Administración pública, considerándose que bastaba su sometimiento al principio de legalidad. Sólo en el último tercio del siglo XX empezó a abrirse una brecha a esta situación con las modernas leyes de acceso a la información pública, en un movimiento que ha alcanzado ya en este siglo XXI una auténtica escala mundial.

El Estado español se ha sumado tardíamente a este movimiento, con la aprobación de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, a la que ha seguido una cascada de leyes autonómicas y normas de diverso rango, de acuerdo con las lógicas propias de nuestro Estado de las Autonomías. Ciertamente la ley básica estatal es manifiestamente perfectible, pero ha tenido la innegable virtud de introducir el paradigma de la transparencia en nuestro Derecho Administrativo, gracias fundamentalmente a la labor que están ya desempeñando los órganos de garantía del derecho de acceso a la información pública. Con

(*) Trabajo recibido en esta REVISTA el 24 febrero 2018 y evaluado favorablemente para su publicación el 16 marzo 2018.

(**) Trabajo realizado en el marco del proyecto DER2016-77513-R: «Los retos de la gobernanza para el Derecho administrativo: buen gobierno y buena Administración: su proyección en las políticas públicas», Ministerio de Economía, Industria y Competitividad.

todo, en este trabajo se apuntan algunas ideas para mejorar el actual marco legal de la transparencia pública.

Palabras clave: transparencia; información pública.

ABSTRACT: *Though from the beginnings of the Constitutionalism it was imposed (at least, in the theoretical plane), and as reaction to the Ancien Régime, the transparency in the legislative and judicial exercise became compulsory, the same didn't happen with the executive power: for almost two centuries the principle of transparency stopped on the verge of the public administration, considering its submission to the principle of legality was sufficient. It was only at the end of the XX century that the situation started to change with the arrival of the modern laws of access to public information, as part of a phenomenon that has acquired an authentic global scale in this 21st century.*

The Spanish State joined the movement in a later stage, with the approval of the law 19/2013 of December 9 of transparency, access to public information and good government, to which followed a great number of autonomic laws and norms of diverse rank always respecting the norms imposed by the statute of autonomy. Certainly the current basic state law is improvable, but it has had the undeniable virtue of introducing the paradigm of transparency in our administrative law, thanks to the fundamental labour of the different authorities charged of guaranteeing access to public information. In spite of everything mentioned above, this document includes a variety of ideas to improve the current legal framework of public transparency.

Key words: transparency; public information.

I. EL PASADO: LA EXENCIÓN DEL PODER EJECUTIVO DEL PRINCIPIO DE PUBLICIDAD

1. La publicidad del Poder Legislativo y del Poder Judicial en el Estado liberal de Derecho

La idea según la cual el Poder Público debe actuar de acuerdo con un criterio de publicidad o transparencia es una categoría típica de los pensadores de la Iluminación, en contraste con el Antiguo Régimen. Así, Feuerbach elevaba la publicidad a símbolo de la «luz», del «bien» y de la «razón», mientras que el secreto era degradado al imperio de las «tinieblas», del «mal» y de la «arbitrariedad» (3). De ese modo, nos encontramos ante dos binomios enfrentados como opuestos: de un lado, publicidad/transparencia y, de otro, secreto/opacidad. El binomio publicidad /transparencia representa valores positivos, mientras el secreto/opacidad, presentan connotaciones negativas; valor y contravalor, virtud y contravirtud, binomios, pues, enfrentados no sólo

(3) *Consideraciones sobre la publicidad y la oralidad de la Administración de Justicia*, 1821.

en el plano de lo ontológico, sino también en el deontológico (4). Por esta razón, en esta lucha histórica entre transparencia y secreto, el principio de publicidad se ha terminado imponiendo en las sociedades democráticas (al menos, en el plano teórico) como una exigencia ética (5).

Ahora bien, de los tres poderes clásicos del Estado (Legislativo, Ejecutivo y Judicial), durante casi dos siglos el principio de publicidad ha alcanzado exclusivamente al Poder Legislativo y al Judicial, pero no al Poder Ejecutivo. Así, en Francia, ya la Constitución de 1793 declaró que las sesiones de la Asamblea Nacional son públicas (art. 45), y que los jueces deliberan en público (art. 94). En España, cómo no mencionar a la Constitución gaditana de 1812, la cual dispuso: «Las sesiones de las Cortes serán públicas, y sólo en los casos que exijan reserva podrá celebrarse sesión secreta» art. 126) (6). Y, en relación con las actuaciones judiciales, nuestra Constitución doceañista estableció que, a partir de la toma de declaración del inculpado, «El proceso, de allí en adelante, será público en el modo y forma que determinen las leyes» (art. 302) (7).

En el contexto político del primer constitucionalismo, la publicidad de las actuaciones parlamentarias y judiciales desempeñaban, a través de la opinión pública, funciones esencialmente complementarias, lo que explica su simultánea consagración. Así, el principio de publicidad de las actuaciones parlamentarias es inseparable de la democracia representativa. Si la sustitución de la democracia directa por la representativa se justificó en la imposibilidad de participar masivamente en la discusión y en la decisión del proceso político, en la medida que el mandato representativo impone una separación

(4) J. L. DEL HIERRO (2012: 149).

(5) N. BOBBIO (1986: 70) señaló cómo el nexo entre publicidad —categoría típicamente iluminista— y opinión pública fue puesto de manifiesto principalmente por E. Kant, para quien la visibilidad del poder no es solamente una necesidad política sino también moral.

(6) «La cuenta de la Tesorería general, que comprenderá el rendimiento anual de todas las contribuciones y rentas, y su inversión, luego que reciba la aprobación final de las Cortes, se imprimirá, publicará y circulará a las Diputaciones de provincia y a los Ayuntamientos» (art. 351). «Del mismo modo se imprimirán, publicarán y circularán las cuentas que rindan los Secretarios del Despacho de los gastos hechos en sus respectivos ramos» (art. 352).

(7) Precisamente como reacción a la regla del carácter secreto o cerrado de las reuniones de los Ayuntamientos establecida durante el Antiguo Régimen (en España, Novísima Recopilación, Libro VII, Título II, Ley IV), el constitucionalismo trató de imponer la publicidad de las sesiones plenarios de los Ayuntamientos. Así, en Francia, la Constitución de 1793 declaró: «Las sesiones de los ayuntamientos y de las administraciones son públicas» (art. 84). En España, hubo que esperar a la Instrucción para la gobierno económico-político de las provincias de 1823, la cual declaró que «las sesiones de los Ayuntamientos serán a puerta abierta, cuando no se traten en ellas negocios que exijan reserva» (art. 52). De este modo, la publicidad de las sesiones plenarios de las Corporaciones Locales viene a responder a idéntica función integradora propia de los órganos políticos representativos.

obligada entre representantes y representados, el principio de publicidad o transparencia se convierte en el elemento de integración más importante del Estado constitucional, pues, como indicaba Stuart Mill, los ciudadanos pueden ver proyectadas sus propias opiniones en las opiniones mantenidas por los representantes. De este modo, se dirá que sin la publicidad de la vida de las Asambleas Legislativas no cabe hablar de democracia representativa (8). No debe olvidarse que la Ley se define dogmáticamente como expresión de la voluntad del cuerpo social (según la Declaración de derechos del hombre y del ciudadano, la ley es la expresión libre y solemne de la voluntad general) (9).

Por su parte, la publicidad de las actuaciones judiciales aparece históricamente vinculada al liberalismo político como una reacción frente al sistema inquisitivo del Antiguo Régimen, en el cual el proceso penal estaba dominado por el secreto. En este sentido, J. Bentham llegó a afirmar que: «Donde no hay publicidad no hay justicia, porque la publicidad es el alma misma de la justicia». O, en Francia, el Marqués de Mirabeau declaró: «Dadme el juez que queráis: parcial, venal, incluso mi enemigo; poco me importa con tal que no pueda hacer nada si no es cara al público» (10).

2. La ausencia de publicidad del Poder Ejecutivo en el Estado liberal de Derecho y su justificación

En contraposición con esta publicidad del Poder Legislativo y del Judicial exigidas por el Constitucionalismo liberal desde sus inicios, el Poder Ejecutivo

(8) Max WEBER, en *Economía y Sociedad*, p. 238, señaló a «En el Parlamento inglés la forma de reunirse y de llevar sus asuntos condujo a un resultado parecido. Hasta qué punto los miembros del Parlamento se consideraban, hasta la reforma electoral de 1867, como un estamento privilegiado, nada lo demuestra más claramente que la prohibición rigurosa de la publicidad (todavía a mediados del siglo XVIII subsistían graves sanciones para los periódicos que dieran noticias de las sesiones)».

(9) Vid. A. M. ABELLÁN GARCÍA GONZÁLEZ (1989: 194). Y esta vinculación de la publicidad al mandato de representativo explica, además, la regla de la publicidad de las sesiones plenarias de los Ayuntamientos, dado su carácter electo o representativo. Así, en Francia, y precisamente como reacción a la regla del carácter secreto o cerrado de las reuniones de los Ayuntamientos establecida durante el Antiguo Régimen, la Constitución de 1793 declaró: «Las sesiones de los ayuntamientos son públicas» (art. 84).

(10) Mucho años después, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en la conocida sentencia de 8 de diciembre de 1983 (caso *Axen*), declaró lo siguiente: «el carácter público de los procedimientos ante los tribunales, previsto en el art. 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, constituye igualmente uno de los medios para preservar la confianza ante los juzgados y tribunales mediante la consecución de una justicia transparente. La publicidad contribuye a lograr la finalidad del art. 6.1 del Convenio: el derecho a un juicio equitativo, cuya garantía constituye uno de los pilares fundamentales de toda sociedad democrática en el sentido del Convenio».

(y con él la Administración Pública de la que se sirve), como heredero directo del poder absoluto del Monarca en el Antiguo Régimen, ha respondido a parámetros bien diversos. Básicamente, se ha entendido que la publicidad del Poder Ejecutivo no era «necesaria» ni «conveniente».

Se entendía que no era necesaria porque, desde un punto de vista teórico, se dirá que la Administración, como organización servicial, se limita a ejecutar los mandatos contenidos en la Ley, de tal modo que bastaría con garantizar que esa ejecución es conforme a la Ley, es decir, que la Administración no comete ilegalidades. Así, durante casi dos siglos, el Derecho Público europeo continental ha centrado su atención en el sacrosanto *principio de legalidad* (esto es en el sometimiento de la Administración al Derecho), mediante el desarrollo y perfeccionamiento de técnicas garantistas de corte individual. De este modo, en la tradición continental europea la garantía de la libertad no ha estado tanto en la génesis de la norma o acto de la Administración, cuanto en la posible reacción frente a él mediante el control jurisdiccional, esto es, la posibilidad de plantear (de modo reactivo) un recurso ante los tribunales frente a cualquier ilegalidad.

En definitiva, mientras el principio democrático impone el criterio de publicidad en los momentos de definición por el Parlamento y aplicación jurisdiccional de la Ley, sólo de un modo indirecto incidía sobre la Administración, a través del sometimiento de la misma a la Ley y al control jurisdiccional. Así, el principio democrático se detuvo en el umbral de la Administración y ésta pasó a ocupar el puesto relativamente independiente y autolegitimado que un día ocupara el Monarca (11).

Pero este planteamiento hace décadas que se ha revelado manifiestamente insuficiente. Dejando de lado la exigencia de legitimación para activar el control judicial de la Administración (lo cual supone ya un importante filtro, que permite perpetuar toda suerte de ilegalidades, al menos cada vez que el interesado directo es precisamente el beneficiario de la actuación irregular), lo cierto es que con toda evidencia la Administración no se limita a ejecutar las Leyes de forma perfectamente reglada. Muy al contrario, en muchas ocasiones la Administración no cuenta, en la materia concreta de que se trate, con una previa regulación legal o, más frecuentemente, con una regulación lo suficientemente detallada para enmarcar la actividad «ejecutiva» en sus términos tradicionales.

De este modo, la Administración opera con frecuencia con gran margen de discrecionalidad, con verdadera capacidad de opción y configuración, ponderando ella misma los intereses públicos y privados en presencia, y sin que la tutela jurisdiccional pueda, debido a los límites intrínsecos a su función

(11) Por todos, M. SÁNCHEZ MORÓN (1980: 25).

de fiscalización, proporcionar una solución a estas situaciones (12). Por tanto, el principio de legalidad no permite ya legitimar la totalidad de la acción administrativa, sencillamente porque la programación legislativa acabada de ésta, que es condición para el pleno juego de aquél, hace tiempo que no se cumple en la realidad (si es que se cumplió alguna vez), es una quimera.

Pero, de otro lado, como apuntaba antes, se entendía que la publicidad del Poder Ejecutivo y de la Administración de la que se sirve no era tampoco conveniente. Así, desde el discurso burocrático-tecnocrático se ha apelado de forma recurrente a la complejidad de los asuntos y cuestiones públicas para justificar el *secreto administrativo* (13). Evidentemente, esta invocación a la complejidad de los asuntos públicos no es sino una actitud típicamente paternalista (14).

Para evitar esta acusación, este secreto administrativo se ha justificado modernamente en el más aséptico *principio de eficacia*, es decir, se dirá que una actuación administrativa eficaz requiere garantizar su reserva o sigilo. Así, este criterio de secreto o, mejor, reserva ha sido inherente a toda Administración de corte burocrático. Ya Karl Marx señaló que el espíritu de la burocracia es el secreto, el misterio, custodiado hacia dentro por la jerarquía, y hacia el exterior mediante el régimen de organización cerrada. De hecho, el secreto administrativo —como todo secreto, por su propio significado etimológico— desempeña una función de «segregación», esto es «separación» de la Administración con respecto a la sociedad, y es, por tanto, plenamente acorde con los postulados del Estado Liberal de Derecho, para el cual la integración social, a través de la opinión pública, sólo rige en relación con los órganos representativos (15).

(12) Vid. L. PAREJO ALFONSO (1991: 62 y ss.).

(13) Como es conocido, Max Weber puso de manifiesto que el poder de los funcionarios no se funda solamente en el saber especializado (o saber técnico), adquirido mediante aprendizajes específicos, sino que se funda también en el «saber del servicio», es decir en su conocimiento, sólo a él accesible, de los hechos concretos y decisivos del servicio. Desde esta perspectiva el saber del servicio constituye, en cuanto saber secreto, un verdadero escudo contra el control, pues como es evidente la posibilidad de controlar a la Administración —Weber tenía en mente sobre todo el control parlamentario— tiene como condición previa la ruptura del secreto. De este modo, la Administración burocrática es por tendencia natural una Administración opaca (*Economía e società*, Ed. Comunità, págs. 92 y ss.).

(14) Así, en Francia, J. CHEVALIER (1988: 241) ha manifestado: «une administration opaque infantilise, une administration transparente sécurise». En el fondo no es sino la misma justificación histórica de la mentira política, sobre la que se polemizó en su día con la teoría de la llamada «noble mentira». Recuérdese el concurso filosófico promovido por Federico II de Prusia en 1778 con el título de «¿Es conveniente engañar al pueblo, sea induciéndole a nuevos errores, o manteniéndole en los que ya se encuentra?».

(15) *Crítica de la filosofía hegeliana del derecho público de Hegel*. En las lenguas latinas, la voz «secretus» viene del verbo «secernere», que significa separar. Función de separación

Ciertamente, en los países que disponían de una Ley de Procedimiento Administrativo, como España o Portugal, se reconoció la llamada «publicidad» del procedimiento administrativo, pero en realidad se trataba de una «publicidad» reservada exclusivamente a las partes interesadas en cada concreto procedimiento, y no de la publicidad abierta al público en general. Incluso esta publicidad entre partes en la práctica se ha venido reduciendo a la posibilidad (más teórica que efectiva) de que los interesados en el procedimiento puedan acceder a las actuaciones documentadas, básicamente mediante la sacralización formal del trámite de audiencia (16).

Para hacer operativo este paradigma de reserva o confidencialidad, los Estatutos de los empleados públicos civiles impusieron en todos los países a las autoridades y agentes de la Administración un deber legal de sigilo o reserva, en el que prevalece una concepción del secreto en sentido subjetivo o «personal», independientemente del contenido de la información, y por tanto de la protección de intereses públicos o privados confiados a la tutela de la Administración. Es decir, el deber de sigilo es omnicompreensivo, pues alcanza a todos los asuntos que conozca el empleado o autoridades públicas por razón o con ocasión del desempeño del cargo o función.

Ahora bien, lo cierto es que la gestión del secreto administrativo en la praxis administrativa ha sido muy flexible, dando lugar a una mayor o menor apertura, según los casos, de la Administración hacia el exterior. Al fin y al cabo, si es el principio de eficacia en la actuación administrativa el fundamento último del secreto administrativo, ¿quién mejor que la propia Administración para decidir cuándo una actuación eficaz requiere confidencialidad o cuando, por el contrario, publicidad y, lo que es más importante, para modular esa comunicación en función del destinatario? De este modo, se colige fácilmente que la Administración es el *dominus* de la información en su poder (17).

que, según G. ARENA (1984: 98 y ss.) opera no sólo hacia el exterior de la Administración —en sus relaciones con otros sujetos públicos y privados—, sino también hacia el interior de la Administración misma —reforzando así el principio de jerarquía, pues permite a los superiores proteger la defensa de sus conocimientos frente a los inferiores—, y que resulta indispensable para garantizar el interés público al «funcionamiento normal» de la Administración Pública, o mejor de un cierto tipo de organización administrativa.

(16) Así, en España, autores tan significados como E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T.R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (1994: 451) señalaron que desde fines del siglo XIX que se consagró el trámite de audiencia hasta fechas muy recientes el «procedimiento administrativo sigue debatiéndose, pues, entre la publicidad y el secreto, con clara ventaja para éste último, a cuyo favor juegan tanto el deseo de los administradores de asegurarse una libertad de movimientos de la que en otro caso carecerían, como la inercia de la tradición y, por supuesto, la preponderancia prácticamente total de la forma escrita. No puede decirse, por ello, que el procedimiento administrativo se oriente en nuestro Derecho con carácter general por el principio de publicidad...».

(17) Véase R. VILLALTA (1987: 542), y G. D'AURIA (1990: 96).

Ni que decir tiene que el resultado de esta amplísima discrecionalidad en el manejo de la información, presenta una doble faz. Por un lado, la de una Administración «pudorosa», que aparece formalmente como celosa guardiana de las informaciones relativas a su organización y a su actividad, como el último bastión de la antigua concepción del poder como *arcanum imperii*. Que se parapeta tras la decorosa fachada de las instituciones democráticas. Pero es también, al mismo tiempo y en no menor medida, una Administración «confidente» para con los grupos con conexiones internas en el aparato administrativo, con la consiguiente e inevitable la discriminación en el acceso a la información pública (18).

II. EL PRESENTE: LA ECLOSIÓN DE LAS LEYES DE TRANSPARENCIA PÚBLICA

1. Las leyes nacionales de acceso a la información pública

A esta comprensión parcial de la democracia representativa, que se ha considerado compatible con la opacidad de la Administración pública, en el último tercio del siglo XX abrieron una brecha las leyes de acceso a la información pública. Una brecha tímida y modesta, todo hay de decirlo, pues en sus primeras versiones se trataba sobre todo de un simple derecho público «administrativo», de creación y configuración legal, rodeado de múltiples límites y cautelas.

Sin perjuicio de antecedentes remotos en determinadas disposiciones del siglo XVIII de algún país nórdico (como Suecia en 1766), el origen moderno de este derecho ciudadano se encuentra, como tantas otras instituciones jurídicas, en Estados Unidos y su Ley de Libertad de Acceso a la Información de 1966, si bien es cierto que esta Ley no alcanzó su efectividad hasta la reforma efectuada en 1974, en el contexto posterior al Watergate, y es desde entonces, sin duda, la ley más utilizada en el mundo. De aquí pasó, en una primera oleada, en las décadas de los 70 y 80, a un club selecto de países del mundo desarrollado: Dinamarca (1970), Noruega (1970), Francia (1978), Luxemburgo (1978), Australia (1982), Canadá (1982) y Nueva Zelanda (1982).

Por su parte, la década de los 90 se inició con un claro protagonismo de la Unión Europea, que aprobó la Directiva 1990/313/CEE de acceso a la información medioambiental, y poco después, tras el Tratado de Maastricht de 1992 (que incluyó la declaración núm. 17 sobre el derecho de acceso a la información), se aprobaron los primeros actos para declarar accesibles

(18) S. FERNÁNDEZ RAMOS (1997: 318 y ss.).

los documentos en poder de las instituciones comunitarias (19). También se sumaron en esta época a esta apertura varios países europeos, como Italia (1990), Portugal (1993), Bélgica (1994), e Irlanda (1997), en parte para cumplir precisamente con la Directiva 1990/313/CEE (20). Asimismo, el Tratado de Amsterdam de 1997 incorporó a su articulado el derecho de acceso a los documentos a los documentos de las instituciones comunitarias como derecho subjetivo de la ciudadanía (artículo 255 del Tratado CE).

Pero la verdadera eclosión del derecho de acceso a la información pública tuvo lugar en la primera década de este siglo XXI. De entrada, casi todos los países europeos (como Reino Unido en 2000 o Alemania en 2006), incluidas las nuevas democracias de Europa central y oriental, aprobaron sus propias leyes de acceso a la información pública (en parte, por constituir un criterio para el ingreso en la Unión Europea), y otros países más veteranos en esta materia renovaron sus leyes para hacerlas más efectivas (21), modernización ésta a la que no fue ajena la propia Unión Europea (22).

(19) Decisión 93/731/CE del Consejo, de 20 de diciembre de 1993, relativa al acceso del público a los documentos del Consejo; Decisión 94/90/CE de la Comisión, de 8 de febrero de 1994, sobre el acceso del público a los documentos de la Comisión; Decisión 97/632/CE del Parlamento Europeo, de 10 de julio de 1997, relativa al acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo. Sobre la normativa comunitaria de esta época, véase A. CERRILLO I MARTÍNEZ (1998).

(20) Italia aprueba la Ley núm. 241 de 7 de agosto de 1990, relativa a «Nuevas normas en materia de procedimiento administrativo y de derecho de acceso a los documentos administrativos». Por su parte, Portugal aprueba la Ley n.º 65/1993, de 26 de agosto, de acceso a los documentos de la Administración. Y Bélgica aprueba la Ley de 11 de abril de 1994 relativa a la publicidad de la Administración. Las tres leyes se inspiran, con particularidades propias, en la ley francesa 1978-753: así el objeto del derecho es el «documento administrativo» y crean una Comisión de Acceso a los Documentos Administrativos, de igual nombre que la francesa. La bibliografía sobre el derecho de acceso en la Ley italiana núm. 241-1990 es amplísima. Entre otros muchos, véase F. CARINGELLA, L. GAROFOLO (1999); F., L. e D. GUARNIERI (1998). Respecto a la Ley portuguesa n.º 65/1993, véase S. FERNÁNDEZ RAMOS (2004: 431-463).

(21) Francia modifica la Ley n.º 1978-753 mediante Ley 2000-321 de 12 de abril de 2000, relativa a los derechos de los ciudadanos en sus relaciones con las Administraciones Públicas; Italia modifica la Ley núm. 241-1990 mediante la Ley n.º 15, de 11 de febrero de 2005, «norme generali sull'azione amministrativa»; y Portugal decide sustituir la Ley n.º 65/1993 mediante una ley de nueva planta, la Ley n.º 46/2007, de 24 de agosto, de acceso a los documentos administrativos y su reutilización.

(22) Mediante Reglamento (CE) núm. 1049/2001, de 30 mayo, sobre el Acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión, se establece una norma común a las instituciones comunitarias que deroga las decisiones anteriores, reglamento que se encuentra actualmente en proceso de reforma para precisar y ampliar su ámbito de aplicación. Vid. E. GUICHOT, (2010). Asimismo, se aprueba la Directiva 2003/4/CE, de 28 de enero, relativa al acceso del público a la información medioambiental, que incorpora las exigencias derivadas del Convenio de Aarhus de 25 de junio de 1998 y sustituye a la Directiva 90/313/CEE. Sobre estas normas, véase A. PIGRAU SOLÉ, A. (2008); S. FERNÁNDEZ RAMOS (2009).

Por su parte, el Tratado de Lisboa de la Unión Europea integró el derecho de acceso a los documentos de las instituciones europeas en la Carta de los Derechos Fundamentales de 12 de diciembre de 2007, de tal modo que el derecho de acceso a la documentación pública alcanza definitivamente el carácter de derecho fundamental: «Todo ciudadano de la Unión y toda persona física o jurídica que resida o tenga su domicilio social en un Estado miembro tiene derecho a acceder a los documentos de las instituciones, órganos y organismos de la Unión, cualquiera que sea su soporte» (art. 42). Y, todavía en la Región europea, el Consejo de Europa adoptó el Convenio núm. 205 sobre acceso a los documentos públicos, aprobado por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 27 de noviembre de 2008 (aprobado en Tromsø, Noruega, y abierto a la adhesión de los Estados miembros desde el 18 de junio de 2009) (23).

Pero, además, debe destacarse la aprobación de la influyente Ley Federal de México de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental de 2002, que fue seguida por la aprobación de las leyes de transparencia en casi toda Iberoamérica, en parte como exigencia desde instituciones internacionales para la lucha contra la corrupción (24).

2. Las virtudes de la transparencia pública

¿Cuál es la razón de este inapelable «éxito» del paradigma de la transparencia pública? Probablemente ello es debido a que cada existe un consenso

(23) El Convenio se inspira fundamentalmente en la Recomendación (2002) 2 sobre el acceso a los documentos públicos, de 21 de febrero de 2002, pero dotándola de fuerza vinculante. Vid. S. FERNÁNDEZ RAMOS (2011). A principios de 2018 sólo nueve Estados habían ratificado el Convenio (Suecia, Noruega, Montenegro, Lituania, Hungría, Finlandia, Estonia, Moldavia y Bosnia), y otros cinco Estados que suscribieron el Convenio no la habían ratificado aún (Bélgica, Georgia, Macedonia, Serbia y Eslovenia), por lo que el Convenio aún no ha entrado en vigor, al requerir un mínimo de diez ratificaciones. España ni firmó ni ha ratificado aún el Convenio.

(24) Así, entre otros, Paraguay aprobó el 16 de julio de 2001 la Ley 1728 de Transparencia administrativa; Panamá aprobó el 22 de enero de 2002 la Ley n° 6 de transparencia en la gestión pública; Perú promulgó el 2 de agosto de 2002 la Ley n° 27806, de transparencia y acceso a la información pública; Ecuador publicó el 18 de mayo del 2004 la Ley de orgánica no. 24 de transparencia y acceso a la información pública; la República Dominicana aprobó el 28 de julio de 2004 su Ley n° 200-04 General de Libre Acceso a la Información Pública; Nicaragua aprobó el 16 de mayo de 2007 la ley n° 621 de acceso a la información pública; Chile promulgó el 11 de agosto de 2008, la Ley n° 20285, de transparencia de la función pública y de acceso a la información de la Administración del Estado; Guatemala el 23 de septiembre de 2008 su Ley de acceso a la información pública; Uruguay aprobó el 7 de octubre de 2008 su Ley n° 18.381 de derecho de acceso a la información pública. O, en fin, Argentina aprobó su propia Ley 27.275 el 14 de septiembre de 2016. De este modo, Bolivia, Cuba y Venezuela son los únicos Estados de la región que no disponen de una ley similar.

amplio en reconocer que la transparencia de las poderes públicos es un elemento clave del *buen gobierno* y un indicador de calidad democrática, que presenta múltiples ventajas (25):

- La transparencia pública refuerza la legitimación democrática de la Administración. Mediante la visibilidad o cognoscibilidad de la actuación de la Administración, la ciudadanía, la opinión pública contribuye al control de la misma, lo que viene a reforzar esa legitimidad democrática, y su configuración al servicio del interés público, y no de otros intereses particulares. De este modo, el principio democrático se proyecta no sólo a través del principio de legalidad, ofreciendo una legitimación en el fundamento de la actuación pública (naturalmente en la medida en que es conforme a dicha legalidad), sino que también se proyecta, a través del principio de transparencia, mediante la exigencia de un control —democrático— en su ejercicio. Se trata así de cumplir la aspiración ya expresada en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, según la cual la sociedad tiene derecho a pedir a todos sus agentes cuentas de su administración (XV) (26).
- La transparencia de la actividad pública coadyuva al respeto de la legalidad por parte de las autoridades y sus agentes. Las políticas de transparencia sirven de acicate para la efectividad misma de las normas del Derecho Público, cuya aplicación práctica no queda al exclusivo cuidado de la Administración, abriéndose cauces a la involucración de la ciudadanía, mediante una sociedad civil madura. Esta es la razón de la aprobación en su día la citada Directiva 1990/313/CEE de acceso a la información medioambiental: el acceso por parte de la ciudadanía a la información sobre el medio ambiente se ha revelado cómo el mejor aliado de las normas ambientales, forzando en no pocos casos la actuación de la Administración competente, rompiendo con su pasividad frente a las ilegalidades de toda suerte que dañan el medio ambiente.

(25) Vid. M. SÁNCHEZ DE DIEGO (Coord.) (2008).

(26) El *Libro Blanco de la Gobernanza Europea* declaró: «La democracia depende de la capacidad de los ciudadanos para participar en el debate público. Para ello, deben tener acceso a una información fiable sobre los asuntos europeos y estar en condiciones de seguir con detalle cada una de las etapas del proceso político». *La Gobernanza Europea: Un Libro Blanco*, COM (2001) 428 final, p. 12. En este sentido el Tribunal de Justicia ha vinculado reiteradamente este derecho «al carácter democrático de las Instituciones». Sentencia de 30-4-1996, Países Bajos/ Consejo, C-58/94, Rec. p. I-2169, apartado 53. Y, en el mismo sentido, el Abogado General señalaba en sus conclusiones (Rec. 1996, p. 2171, punto 19) que «El fundamento de dicho derecho debe más bien buscarse en el principio democrático, que representa uno de los elementos básicos de la construcción comunitaria...».

- Relacionado con lo anterior, si bien las leyes de transparencia no son, en rigor, leyes anticorrupción, sí es evidente que la transparencia pública es un elemento esencial de las políticas de lucha contra la corrupción, y por ello forma parte de las exigencias de organismos internacionales, como el FMI o el Banco Mundial a los Estados denominados *en transición*.
- La transparencia, al deshacer el anonimato y posibilitar la exigencia de responsabilidades, coadyuva también a la consecución del rigor y de la eficiencia en la acción administrativa, y por tanto refuerza las exigencias del principio constitucional de eficacia de la Administración pública. No se trata ya de que la Administración no cometa ilegalidades, sino que haga un uso eficiente y equitativo de los siempre escasos recursos públicos. Y también para conocer el grado de calidad de los servicios públicos que reciben los ciudadanos (27).
- La transparencia es también el presupuesto para la participación (informada) de los ciudadanos en asuntos de interés público, tanto en relación con la participación ciudadana en procesos electorales, como respecto a la participación directa de la sociedad civil (no exclusivamente la titular de la ciudadanía política) en los asuntos públicos. En tal sentido, es impensable cualquier política de impulso y promoción de la participación ciudadana sin un diálogo honesto, lo que presupone garantizar una participación informada.
- Como todo derecho informativo, el derecho de acceso a la información pública es esencial para el desarrollo autónomo de las personas y para el ejercicio de los derechos de los ciudadanos y su tutela judicial, incluyendo derechos personalísimos (como el derecho a conocer los orígenes biológicos) o derechos de titularidad colectiva, como la protección de los bienes ambientales y culturales, o el derecho a la salud de los consumidores, pero también no menos legítimos derechos de carácter económico y patrimonial.
- El acceso no discriminatorio a la información pública genera riqueza (y empleo) para la economía de un país, pues posibilita la explotación de la información en poder del sector público, como materia prima de un mercado de productos y servicios para la sociedad de la información, en un marco de libre competencia.
- Por último, debe resaltarse la vinculación entre el libre acceso a la información pública y la libertad de investigación, que constituye la

(27) El Consejo Económico y Social señaló en su informe «Desarrollo autonómico, competitividad y cohesión social en el sistema sanitario», de 20 de octubre de 2010, la opacidad de los datos de prestación de servicios sanitarios por parte de la Comunidades Autónomas.

génesis misma de la Universidad. A este respecto, es bien conocida la queja extendida en España entre los investigadores de la historia reciente (y no tanto) sobre las dificultades para acceder a la información depositada en los archivos, incluso a fondos documentales de más de medio siglo (28). Evidentemente, esta situación dificulta la conformación de una ciencia histórica libre y metodológicamente fundada, así como de una conciencia histórica colectiva (29).

Pero la situación de opacidad afecta también de forma sensible al desarrollo de otras ciencias sociales, a las que les es imprescindible acceder a la información en poder de la Administración. Por ejemplo, el secretismo sobre las estadísticas en materia de criminalidad impide acceder a datos pormenorizados sobre la comisión de determinados delitos por territorios, lo que dificulta la confección de estudios criminológicos (comparar la evolución de determinados delitos y relacionarlos con edades, lugares, género o cualquier otro tipo de parámetro que resulte útil) (30). Y, de modo más general, sin una apertura de los archivos públicos es imposible realizar una evaluación objetiva de las políticas públicas, de modo que asistimos a una sucesión sin fin de las

(28) Resulta de interés, a este respecto, la lectura del documento de la Asociación de Historia Contemporánea, «Situación actual de los Archivos Históricos en España», de 2004. A pesar de que el documento se refiere exclusivamente a los Archivos Históricos, que son en principio los mejor dotados, se dice, entre otras cosas: «En algunos importantes archivos públicos la situación de los fondos es de tal lamentable desorden que su consulta se hace extremadamente difícil, por no decir imposible». Pero la situación, lejos de mejorar, empeoró a partir de octubre de 2010, pues el Consejo de Ministros adoptó, en plena tormenta por el caso Wikileaks, un acuerdo por el cual se declararon secretos casi todos los cables y notas diplomáticas, sin importar su fecha de elaboración. Además, el acuerdo mismo del Consejo de Ministros se declaró secreto. Esta circunstancia no se supo hasta que dos años más tarde en 2012, el Ministerio de Exteriores negó a varios historiadores documentos aparentemente inocuos sobre relaciones diplomáticas con Alemania o Filipinas entre 1970 y 1982, con el argumento de que habían sido clasificados por un acuerdo de 2010, acuerdo del que no se conocía su existencia misma. Así, en 2013 casi 300 historiadores españoles, con adhesiones de más de un centenar de investigadores extranjeros, se dirigieron al Gobierno para exigir «la inmediata reapertura de los fondos históricos y la garantía de su accesibilidad para todos los investigadores en el plazo más breve posible».

(29) En relación con la investigación histórica, el propio Tribunal Constitucional (STC 231/2004, FJ 3) ha declarado: «La posibilidad de que los contemporáneos formemos nuestra propia visión del mundo a partir de la valoración de experiencias ajenas depende de la existencia de una ciencia histórica libre y metodológicamente fundada. Sin diálogo con los juicios de los demás (con los del historiador, en lo que aquí importa) no resulta posible formar el propio juicio. No habría tampoco espacio —que sólo puede abrirse en libertad— para la formación de una conciencia histórica colectiva».

(30) El secretario ejecutivo de la Sociedad Europea de Criminología, Marcelo Aebi, publicó en agosto de 2010 en la *Revista de Ciencia Penal y Criminología* un artículo titulado «El misterioso caso de la desaparición de las estadísticas policiales españolas».

leyes que se modifican y se sustituyen por otras, sin disponer de los mínimos elementos de juicio sobre la efectividad (31).

En todo caso, el resultado de esta eclosión de leyes nacionales es que si en 1990 tan sólo 12 países tenían aprobadas leyes de acceso a la información y transparencia, veinte años después más de 75 países disponían de una ley; otra cosa es, naturalmente, su aplicación práctica (32). De hecho, a inicios de esta segunda década del siglo XXI España era el único miembro del Consejo de Europa con una población de más de 1 millón de habitantes que carecía de una Ley específica de transparencia y acceso a la información pública.

3. Las leyes de transparencia pública en España

Cuando al inicio de la década de los 90 países muy cercanos al nuestro (como Italia o Portugal) aprobaron sus primeras leyes de acceso a los documentos administrativos, el legislador español optó por incluir el derecho de acceso en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Se trató, sin duda, de una oportunidad perdida, que ha supuesto 20 años de retraso en materia de transparencia. Como ha demostrado la experiencia, la insuficiente y deficiente regulación de la Ley 30/1992 estaba por completo desprovista de la fuerza imprescindible para quebrar la tradición secular de la opacidad en la Administración, de modo que el derecho de acceso a la información se perdió en los meandros laberínticos de las praxis administrativas (33).

En estas dos décadas, la bonanza económica cubrió las grietas de nuestro sistema democrático, de modo que la sociedad española creyó en la ilusión

(31) Si deseamos, por ejemplo, conocer en qué medida se aplica el régimen sancionador por tenencia indebida de animales potencialmente peligrosos, debemos conocer cuántas denuncias se formulan al año, de éstas cuántas dan lugar al inicio de un procedimiento sancionador, de los procedimientos iniciados cuántos concluyen en una resolución sancionadora y de éstas cuántas se ejecutan. Datos que únicamente pueden obtenerse tras el estudio exhaustivo de los expedientes en poder de la Administración, expedientes que necesariamente han de ser recientes si se desea que el estudio no tenga un valor exclusivamente histórico. Si se solicitan la información en su conjunto, se responderá sin duda que tal información requiere de un proceso de elaboración, por lo cual la solicitud será inadmitida a trámite en aplicación de la Ley. Pero si se desea acceder a expedientes en aplicación de la Ley para obtener los datos, se dirá que la información solicitada es excesivamente amplia y afecta a datos personales.

(32) Véanse, entre otros estudios comparados, J. M. ACKERMAN – I. E. SANDOVAL (2008); y T. MENDEL (2008); Relatoría especial para la libertad de expresión, *Estudio especial sobre el derecho de acceso a la información*, Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la OEA, 2007.

(33) Sobre la ordenación del derecho de acceso a los archivos y registros administrativos en la Ley 30/1992, vid. J. F. MESTRE DELGADO (1997); S. FERNÁNDEZ RAMOS (1997); M. A. SENDÍN GARCÍA (2004); L. RAMS RAMOS (2009).

de vivir en una democracia avanzada. Sin embargo, ahora tenemos la certeza que debajo de la alfombra del crecimiento económico, la corrupción se extendía y enraizaba hasta ahogar el mismo desarrollo económico. Ha sido necesario caer en una depresión económica sin precedentes para quitar el velo de los ojos sobre los defectos de nuestra democracia. Y fue en esta situación de emergencia nacional, en una tentativa de recuperar la credibilidad de la sociedad en las instituciones, justo cuando se han reclamado a la ciudadanía sacrificios sociales sin precedentes en aras de la recuperación económica, cuando finalmente se aprobó la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (34).

Ciertamente la ley básica estatal es manifiestamente perfectible, pero ha tenido la innegable virtud de introducir un nuevo paradigma en nuestro Derecho Administrativo: el principio de transparencia de la actividad pública, elevado al mismo plano que el tradicional principio de legalidad y el más reciente de eficacia. De este modo, en este ámbito es preferible una ley mejorable, incluso manifiestamente mejorable, a una «no-ley». Y, en tal sentido, la más destacada aportación de la Ley 19/2013 ha sido, en mi opinión, la creación de los órganos de garantía del derecho de acceso a la información pública, cuya organización y funcionamiento, si bien no exenta de dificultades organizativas y financieras (debido a las circunstancias presupuestarias poco propias de su creación), es sin duda la historia de un inapelable éxito institucional, dada su excelente acogida por la ciudadanía y el gran servicio que están ya prestando a nuestra democracia (35).

(34) Sobre la Ley 19/2013, en general, vid. S. FERNÁNDEZ RAMOS – J. M^o PÉREZ MONGUIÓ (2017); A. TRONCOSO REIGADA (dir.) (2017); M. M.^a RAZQUIN LIZARRAGA, (2015; S. FERNÁNDEZ RAMOS – J. M^o PÉREZ MONGUIÓ (2014); E. GUICHOT (Coord.) (2014); M. A. BLANES CLIMENT, (2014); E. DE LA NUEZ SÁNCHEZ-CASCADO – C. TARÍN QUIRÓS (2014); J. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ – M. A. SENDÍN GARCÍA, A. (2014); VV. AA. (2014); J VALERO TORRUJOS, – M. FERNÁNDEZ SALMERÓN (2014).

(35) A menudo se olvida que en España, desde 1995, hace por tanto más de 20 años, existe una ley estatal básica en relación con el derecho de acceso a la información medioambiental, ley que además fue renovada en 2006. Leyes que en su contenido sustantivo son equiparables a la Ley 19/2013, e incluso en algunos aspectos más avanzadas, aunque sólo sean porque debían transponer sendas directivas europeas. [Vid. S. FERNÁNDEZ RAMOS, (2009)]. Sin embargo, estas leyes tenían unos pies de barro: debido al tradicional respeto de las instituciones europeas a la autonomía institucional de los Estados miembros, las directivas europeas no impusieron la creación de un órgano independiente de garantía, y el legislador español, que acostumbra a no añadir una sola coma a aquello que le exige la norma europea, se limitó a remitirse a los recursos administrativos ordinarios. La consecuencia es bien conocida: una ley avanzada pero casi desconocida y menos aún aplicada, y casi exclusivamente a instancia de grandes organizaciones de defensa del medio ambiente, única capaces de arrostrar contenciosos ante los tribunales. Por tanto, la creación y adecuada configuración del órgano independiente de garantía y la ordenación también adecuada de una reclamación ante el mismo, es la pieza fundamental en el devenir del derecho de acceso a la información pública.

Por su parte, aunque no es estrictamente necesario que cada Comunidad Autónoma apruebe una Ley propia de transparencia para cumplir las exigencias de la Ley estatal, lo cierto es que la misma dinámica del Estado de las Autonomías que había conducido a una cómoda inhibición por parte de (casi todas) las Comunidades Autónomas hasta tanto el Estado no se decidiera a dar el paso, ha hecho que la mayoría de las Comunidades Autónomas se haya apresurado, en una carrera por subirse al carro de moda de la transparencia, para aprobar sus propias leyes de transparencia (36). De este modo, en el lapso de una legislatura (entre 2012 y 2016) España ha pasado de ser el único país de cierto tamaño de la OCDE desprovisto de una Ley de Transparencia, a ser uno de los países del mundo con mayor número de leyes: con doce leyes autonómicas aprobadas (Navarra, Extremadura, Andalucía, La Rioja, R. de Murcia, Canarias, Cataluña, Aragón, Castilla y León, C. Valenciana, Galicia y Castilla-La Mancha) (37).

Como sucede a menudo con las leyes autonómicas de desarrollo, buena parte de las normas previstas en estas leyes autonómicas son reiterativas de la Ley estatal, o se limitan a complementar lo establecido en ésta. Pero también existen normas más avanzadas, que suponen mejoras sustantivas de la regulación estatal. Lo que no podrán hacer las leyes autonómicas es, evidentemente,

(36) Si por leyes de transparencia entendemos aquellas que ordenan tanto la publicidad activa como el derecho de acceso a la información, antes de la aprobación de la Ley estatal 19/2013 se aprobaron dos leyes autonómicas: Ley Foral 11/2012, de 21 de junio, de Transparencia y del Gobierno Abierto, a la que siguió de cerca, ya publicado el Proyecto de Ley estatal, la Ley 4/2013, de 21 de mayo, de Gobierno Abierto de Extremadura. Y tras la promulgación de la Ley estatal, se aprobaron las siguientes, por orden cronológico: Ley 1/2014, de 24 de junio, de Transparencia Pública de Andalucía; Ley 3/2014, de 11 septiembre, de Transparencia y Buen Gobierno de La Rioja; Ley 12/2014, de 16 de diciembre, de Transparencia y Participación Ciudadana de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia; Ley 12/2014, de 26 de diciembre, de transparencia y de acceso a la información de Canarias; Ley 19/2014, de 29 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno de Cataluña; Ley 3/2015, de 4 de marzo, de transparencia y participación ciudadana de Castilla y León; Ley 8/2015, de 25 de marzo, de Transparencia Pública y Participación Ciudadana de Aragón; Ley 2/2015, de 2 de abril, de Transparencia, Buen Gobierno y Participación Ciudadana de la Comunidad Valenciana; Ley 1/2016, de 18 de enero, de transparencia y buen gobierno de Galicia; Ley 4/2016, de 15 de diciembre, de Transparencia y Buen Gobierno de Castilla-La Mancha.

(37) A la fecha de estas líneas se encuentran en tramitación parlamentaria dos proyectos de ley en C. de Madrid y Asturias, si bien el resultado es dudoso, debido a la situación minoritaria en la cámara del gobierno en las dos Comunidades Autónomas, lo cual explicaría también el retraso en Euskadi, a pesar de haber contado con varios proyectos de ley en la anterior legislatura. Posteriormente, se ha aprobado la *Ley de Cantabria 1/2018, de 21 de marzo, de Transparencia de la Actividad Pública*,

menoscabar las garantías mínimas contenidas en la ley estatal (38). ¿Está entonces todo hecho? Ni mucho menos.

4. Las disfunciones del actual marco legal

De entrada, la primera prueba de efectividad de estas leyes está determinada por la celeridad con que se aprueben las imprescindibles normas reglamentarias de desarrollo, así como con la adopción de medidas de implementación necesarias (organizativas e institucionales), pues a veces sucede que, una vez aprobada la Ley, el tema de la transparencia se amortiza de la agenda política. Asimismo, ni qué decir tiene que los reglamentos de desarrollo deben ser, como siempre, respetuosos con el espíritu de la Ley, exigencia que no se cumple en alguna iniciativa reglamentaria destacada (39).

Pero lo cierto es que en los tres años de aplicación de la Ley 19/2013 (tres en el ámbito estatal y dos en el autonómico y local) se han detectado múltiples disfunciones, entre las cuales pueden destacarse las siguientes:

(38) En efecto, esta idea está perfectamente plasmada en la exposición de motivos de la Ley Foral 11/2012 de Transparencia y del Gobierno Abierto, cuando declara lo siguiente: «Navarra respeta los límites de la legislación básica del Estado en materia de procedimiento administrativo común, dado que los derechos de acceso y el procedimiento y régimen de su ejercicio, amén de circunscribirse a su ámbito organizativo no suponen quiebra alguna de tales límites, sino antes bien, van más allá del mínimo impuesto por dicha legislación. En materia de transparencia, configurar un derecho de acceso a la información de la que dispone la Administración con carácter menos restrictivo y, por tanto, más amplio, supone una *mejora* para todas las personas que se relacionan con ella». En la misma línea, la exposición de motivos de la Ley 7/2016, de 18 de mayo, de reforma de la Ley 12/2014, de 16 de diciembre, de Transparencia y Participación Ciudadana de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.

(39) Nos referimos naturalmente al borrador de Anteproyecto de Reglamento de desarrollo de la propia Ley 19/2013, puesto en circulación en 2015, después olvidado y retomado nuevamente en 2017. A título de ejemplo de disposiciones abiertamente contrarias a la Ley 19/2013 citamos dos. Artículo 9 (Objeto de la solicitud de acceso a la información pública): «Podrá ser objeto de una solicitud de acceso aquella información que cumpla lo previsto en el artículo 13 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre. A estos efectos, se considera que una información ha sido elaborada o adquirida en el ejercicio de las funciones de un órgano o entidad cuando sea consecuencia del desarrollo de las competencias que tiene formalmente atribuidas», regla ésta restrictiva de la noción de información pública del artículo 13 de la Ley, además de absurda, pues impone la transparencia cuando la transparencia cuando el sujeto obligado actúa en desarrollo de las competencias que tiene formalmente atribuidas, y la opacidad cuando actúa al margen de las mismas, justo cuando más necesaria es la transparencia. De otro lado, el artículo 14 (Solicitudes de información sobre materias que tengan previsto un régimen jurídico específico de acceso a la información): «Se desestimará la solicitud que tenga por objeto información sujeta a un régimen específico de acceso, indicándose en la resolución las normas aplicables», norma manifiestamente contraria a la disposición adicional primera, que impone la aplicación supletoria de la Ley 19/2013, y que parece pensada para excluir *ad limine* toda la información tributaria del ámbito de aplicación de la Ley de Transparencia. Vid. M. PALOMARES HERRERA (2016).

- En relación con la publicidad activa, si bien ciertamente muchos sujetos obligados están realizando un esfuerzo considerable en adaptarse a las exigencias de las leyes de transparencia (auspiciado por un entidades de todo tipo que encuentran aquí un nuevo nicho de negocio), se aprecia la ausencia de reglas claras sobre los términos del deber de publicación, con la consecuencia de que la información se publica de forma dispersa, sin una sistemática homogénea (ya sea por criterios temáticos o cronológicos), en ocasiones con filtros que dificultan la indexación por parte de los motores de búsquedas al uso, sin criterios claros de actualización y plazos de permanencia, así como en formatos poco reutilizables.
- Respecto a los sujetos obligados a la transparencia, la Ley básica omite a los órganos de Gobierno y la limitación a la actividad de sujeta a Derecho Administrativo es cuestionable en relación con ciertos órganos constitucionales (y por extensión, estatutarios). Asimismo, la delimitación de los llamados sujetos obligados a suministrar información del artículo 4 de la Ley 19/2013 es harto imprecisa, así como no siempre es fácil determinar al sujeto del artículo 2.1 al que se encuentran vinculados, todo lo cual resta efectividad a su sujeción a la Ley.
- En relación con los límites del derecho de acceso a la información, con independencia de la previsible interpretación extensiva de los límites legales, debido en parte al alto grado de incertidumbre de los criterios legales, se aprecian tendencias tanto normativas como de aplicación orientadas a resucitar, a través de los límites y causas de inadmisión de la Ley 19/2013, restricciones propias de la legislación anterior: como la exigencia de que la información se refiera a un procedimiento terminado, o que la documentación forme parte de un expediente (en este caso con apoyo en la nueva Ley de Procedimiento Administrativo Común) (40). Asimismo, la praxis de la potestad de clasificación de secretos oficiales está presentando un alcance potencialmente omnímodo en amplitud y vigencia temporal: así los últimos acuerdos conocidos del Gobierno son de una enorme amplitud, y debido a la permanencia de la Ley de Secretos Oficiales franquista de 1968 (41), que no contempla —a diferencia de los países de nuestro

(40) Vid. S. FERNÁNDEZ RAMOS (2016).

(41) Además del ya citado acuerdo del Consejo de Ministros de 15 de octubre de 2010, por el que se otorgó la clasificación de secreto a prácticamente todas las competencias del Ministerio de Asuntos Exteriores, en la siguiente legislatura, mediante acuerdo de 6 de junio de 2014 del Consejo de Ministros, a propuesta del Ministerio de Interior, se otorgó, «con carácter genérico, la clasificación de secreto a la estructura, organización, medios y técnicas operativas utilizados en la lucha contra la delincuencia organizada por las Fuerzas

entorno— una desclasificación por el transcurso del tiempo, los secretos de Estado son aparentemente eternos en España (42).

- En relación con el ejercicio del derecho de acceso a la información, no son insólitos los casos de manipulación del plazo de inicio del procedimiento a través del trámite de remisión de la solicitud al «órgano competente» (43); abuso del silencio desestimatorio, que permite eludir el incómodo deber de motivar, sin consecuencias prácticas, al tiempo que obliga a recurrir, como dicen en Italia, al «bui» (44); banalización de la garantía de la motivación de las resoluciones, con motivaciones formales, desprovistas de significación... (45).
- En relación con las garantías de la transparencia pública: la diversidad de conformaciones organizativas de los órganos de garantía no es en sí misma una disfunción, pues forma parte de la autonomía organizativa, no obstante se aprecia que en algunos nombramientos ha prevalecido la lógica partidista; asimismo, algunos órganos de garantía carecen de competencias en relación con la supervisión de la obligaciones de publicidad activa y, en general, hay una ausencia casi absoluta de poderes coercitivos y sancionadores (46). De otro

y Cuerpos de Seguridad del Estado, así como sus fuentes y cuantas informaciones o datos puedan revelarlas», es decir, prácticamente todo lo relacionado con la lucha contra la delincuencia organizada, acuerdo que tampoco se publicó en el BOE, y que sólo se pudo conocer tras la reclamación de un medio de comunicación ante el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno (resolución 30-10/2017).

(42) Como contraste, el Reino Unido saca a la luz de manera sistemática sus documentos clasificados después de 30 años en la sombra. Así, en 2014 el Archivo Nacional de Reino Unido expuso al público los documentos sobre las comunicaciones de la Premier Thatcher con los miembros de su gabinete durante el primer año del conflicto que la Dama de Hierro mantuvo con los mineros del carbón en la mitad de la década de los ochenta del pasado siglo. En Francia se utiliza un plazo de 75 años, de modo que en 2015 se liberaron los fondos documentales de 1940 relativos a la II Guerra Mundial que revelan detalles de la colaboración de del régimen de Vichy con los nazis durante el Holocausto. En cambio, en España, el Gobierno abortó en 2012 el primer intento en democracia de desclasificar un lote de documentos secretos significativo, los llamados 10.000 papeles de la Guerra Civil y el franquismo de los años 1936 a 1968. *El País*, 29-05-2012, «Defensa aparca la desclasificación de 10.000 expedientes secretos».

(43) Vid. M^a C. CAMPOS ACUÑA (2017).

(44) Vid. S. FERNÁNDEZ RAMOS (2017e); L. RAMS RAMOS (2016); L. A. BALLESTEROS MOFFA, (2014). Véase la sentencia de la Sección Tercera de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, 1547/2017, de 16 de octubre de 2017 (Número Recurso: 75/2017).

(45) A. CERRILLO MARTÍNEZ (2017: 10) ha señalado que de los datos disponibles, se desprende que la aplicación de la Ley 19/2014 (catalana) no ha logrado incrementar significativamente el número de solicitudes de acceso a la información y, de este modo, el conocimiento público de la actividad y el funcionamiento de las administraciones públicas.

(46) Vid. O. MIR PUIGPELAT (2017a: 1833).

lado, la ordenación del régimen de la reclamación contenida en la Ley 19/2013 se ha revelado excesivamente parca, y la remisión al régimen general de los recursos administrativos es disfuncional, pues en tales recursos resuelve la misma Administración que dictó el acto objeto del impugnación, de modo que se soslaya la imprescindible colaboración de los sujetos obligados (47).

- Asimismo, en la praxis de la reclamación se aprecian reticencias por parte de algunos sujetos obligados a plegarse a los requerimientos y resoluciones de los órganos de garantía, resistencias que se manifiestan tanto en actitudes expresas (como emitir resoluciones tardías contradictorias con la resolución del órgano) como tácitas, de mera pasividad y falta de colaboración, obligando a los órganos de garantía a resolver sin disponer de todos los elementos de juicio (48). El riesgo estriba en que los sujetos obligados empiecen a percibir debilidad en los órganos de garantía, y que sus incumplimientos no comportan consecuencias desfavorables o, al menos, valoradas las ventajas y los inconvenientes, puedan considerarse mayores las ventajas derivadas del incumplimiento. Es decir, debe evitarse que los sujetos obligados empiecen a considerar a los órganos de garantía como una suerte de «sabuesos sin dientes».
- Finalmente, respecto a los regímenes específicos de transparencia, el desplazamiento las leyes generales de transparencia por la legislación especial se ha revelado como uno de los mayores problemas de efectividad del marco legal, debido al potencial vaciamiento de las garantías ordenadas en las leyes generales a través de incontables regímenes específicos, con el riesgo cierto de relegar la Ley básica a una mera ley residual (49). En particular, es muy cuestionable la intencionalidad del legislador de excluir *a limine* toda la información tributaria de los mandatos de la transparencia (50).

(47) Vid. S. FERNÁNDEZ RAMOS (2017d); I. MARTÍN DELGADO (2016).

(48) A título de ejemplo de las resistencias de los sujetos obligados, véase la sentencia del Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo nº 10, nº 19/2017, de 7 de febrero, procedimiento ordinario 35/2016, y anulada parcialmente en apelación por la sentencia de la Sección Séptima de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, de 23 de octubre de 2017, recurso núm. 54/2017.

(49) Ya advertimos de esta debilidad de la Ley 19/2013 en S. FERNÁNDEZ RAMOS – J. M^o PÉREZ MONGUIÓ (2014: 54-55).

(50) Véase la sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 7^o), 46/2017, de 6 de febrero 2017, recurso 71/2016.

III. EL FUTURO: LAS IMPRESCINDIBLES REFORMAS DEL SISTEMA

1. El reconocimiento del carácter de derecho fundamental del derecho de acceso a la información pública

Si bien es preferible una ley de transparencia manifiestamente mejorable a una no-ley, para lograr el cambio de paradigma que requiere la Administración española habría sido preferible que legislador estatal hubiese reconocido la naturaleza de derecho fundamental del derecho de acceso a la información pública, como parte inescindible del derecho a la libertad de información —art. 21.1.d) CE— y, en consecuencia, la Ley hubiese adoptado la forma de Ley Orgánica. Por ello, es de lamentar que el legislador estatal optara por fundamentar su ordenación en el mismo precepto constitucional (artículo 105.b) CE) que veinte años atrás hiciera de la Ley 30/1992, sin percatarse que el panorama internacional ha cambiado notablemente en estas dos décadas (51).

Así, el propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo ha modificado sensiblemente su posición sobre el contenido de la libertad de información en el artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Influenciado por la doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (caso *Claude Reyes y otros*, de 19 de septiembre de 2006), el Tribunal Europeo ha acabado por admitir que el acceso a las informaciones de interés público constituye el presupuesto para la libertad de información garantizada por el Convenio (52).

En todo caso, y a falta de una doctrina constitucional acorde a estos planteamientos, sería conveniente que en una hipotética reforma constitucional se suprimiera el actual artículo 105.b) CE, y se reconociera expresamente que el derecho de acceso a la *información pública* forma parte natural del haz de derechos informativos del artículo 20 CE.

2. Las líneas para una reforma de la Ley básica

Ciertamente no todas las disfunciones de la aplicación de las normas de transparencia son imputables a la Ley 19/2013, pues algunas derivan de

(51) Vid. M. SÁNCHEZ DE DIEGO FERNÁNDEZ DE LA RIVA (2008); E. GUICHOT (2011) y (2017); S. FERNÁNDEZ RAMOS (1997: 350 y ss.), y (2017A); F. REY MARTÍNEZ (2014); L. RAMS RAMOS (2013); G. ROLLNERT LIERN (2014).

(52) Caso *Társaság a Szabadságjogokért v. Hungary* (App no 37374/05), Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 14 de abril de 2009, párrafo 36; caso *Kenedi v. Hungary* de 26 de mayo de 2009 (Appl. no. 31475/05); Caso *Österreichische Vereinigung Zur Erhaltung, Stärkung Und Schaffung Eines Wirtschaftlich Gesunden Land-Und ForstWirtschaftlichen Grundbesitzes contra Austria*, 28 de noviembre de 2013; caso *Magyar Helsinki Bizottság c. Hungría*, núm. 18030/11, de 8 de noviembre de 2016.

una interpretación restrictiva de la Ley, si bien parece claro que el impulso de las necesarias reformas pasa necesariamente por una modificación de la ley básica. Actualmente se encuentra en el Congreso en tramitación una proposición de ley que incluye una reforma de la Ley 19/2013, y si bien en algunos aspectos se sitúa en la línea que aquí se propugna, en otros no sucede así (53). Por nuestra parte, de modo sintético, sugerimos las siguientes líneas de reforma de la ley básica:

- En relación con los sujetos obligados, debería explicitarse el sometimiento íntegro a la Ley básica del Gobierno y demás órganos de gobierno autonómicos, así como debería revisarse la limitación a la actividad sujeta a Derecho Administrativo establecida respecto a determinados órganos constitucionales cuya actuación se rige íntegramente por el Derecho Administrativo (como el Consejo de Estado, el Consejo Económico y Social o el Consejo General del Poder Judicial), así como explicitar la sujeción a la Ley de otros órganos, como las Juntas Electorales y las salas de gobierno de los tribunales en ejercicio de funciones gubernativas. Específicamente respecto a los sujetos obligados a suministrar información, con objeto de dotar de certidumbre a su delimitación, la ley básica debería explicitar como obligación de publicidad activa el deber de todos los sujetos obligados del artículo 2.1 de publicar la relación de sujetos obligados del artículo 4 a ellos vinculados (54).
- En relación con la publicidad activa, si bien es legítimo que los contenidos de obligatoria divulgación fijados por el legislador básico sean de mínimos, susceptibles de ser incrementados por las normas de desarrollo y por los propios sujetos obligados, en cambio, para que el régimen de publicidad activa alcance un mínimo de efectividad es necesario que la ley básica defina los aspectos cualitativos de los deberes de publicidad activa (dónde, cómo, cuándo y por cuánto tiempo, entre otros), así como dotar a todos los órganos de garantía de competencias para supervisar su cumplimiento (55).
- La transparencia pública no se reduce a dos opciones por completo separadas (publicidad activa y ejercicio formal del derecho de acceso a la información), sino que existe un campo intermedio que ofrece múltiples posibilidades a los sujetos obligados. En la medida en que

(53) Proposición de Ley Integral de Lucha contra la Corrupción y Protección de los Denunciantes, presentada por el Grupo Parlamentario Ciudadanos el 20 de septiembre de 2016. *BOCG*, Congreso de los Diputados, XII Legislatura, Serie B, núm. 33-1, 23 de septiembre de 2016.

(54) Así, lo defendimos en S. FERNÁNDEZ RAMOS – J. M^o PÉREZ MONGUIÓ (2014: 91).

(55) Vid. S. FERNÁNDEZ RAMOS (2017b).

quien puede lo más puede lo menos, y en este caso si las Administraciones Públicas y demás sujetos obligados por la transparencia pública pueden voluntariamente publicar informaciones públicas más allá de los deberes legales ordenados en las leyes de transparencia, de modo que tal información es de acceso público, sin necesidad de identificación alguna, habrá que entender que pueden también facilitar información a cualquiera que la pida sin precisar tampoco identificación (solicitudes anónimas) o sin necesidad de acreditar la identificación, mediante una simple dirección de correo electrónico. En estos casos, no estaríamos propiamente ante el ejercicio del derecho de acceso conforme a la Ley 19/2013, sino más bien ante un *servicio público de información* (con características propias, pues es universal y gratuito), es decir ante una actividad material o técnica, no ante procedimientos formalizados. Algo no muy diferente a los tradicionales servicios de información administrativa al público, de carácter presencial o telefónico, o al acceso presencial a la información en los archivos públicos (56).

- Respecto a la definición de información pública, para evitar interpretaciones reduccionistas, es conveniente que el legislador explicité que el objeto del derecho no se ciñe a los documentos, sino que alcanza también a la información no documentada, pero en poder del sujeto obligado y razonablemente disponible para el mismo. Asimismo, en el caso de documentos, debería explicitarse el deber de conservación de los mismos y en qué supuestos y con cuáles garantías es lícito proceder a su eliminación.
- En relación con los límites del derecho de acceso, al margen de la revisión de algunos límites previstos en el artículo 14.1 de la Ley

(56) Esta vía intermedia entre la publicidad activa y el ejercicio formalizado del derecho de acceso a la información pública presenta, además, la virtud de no limitar el acceso a información ya elaborada (típica aunque no exclusivamente plasmada en documentos públicos), sujeta a las con las exclusiones relativas a información en curso de elaboración y de información precisada de una reelaboración. Por su parte, el peticionario, a cambio de la flexibilidad que ofrece este servicio, asume las condiciones en que se presta, como cualquier usuario de un servicio público (p. ej., sobre la forma y formato de la información). En cierto modo, el solicitante renuncia a las garantías procedimentales a cambio de la flexibilidad e inmediatez que este servicio ofrece. Ahora bien, el empleo de este modo de acceso «desprocedimentalizado» presenta un límite infranqueable: si la información a la que se pretende acceder afecta a terceros (p. ej. por contener datos personales), la Administración no puede eludir las garantías ordenadas en la Ley. Y es evidente que el solicitante puede renunciar a sus garantías, pero no a las de un tercero. En tales casos, es ineludible la tramitación del procedimiento determinado en la Ley. Pero además también sucederá en aquellos casos en los que peticionario no quede satisfecho con el servicio proporcionado: desea acceder a más información o en un formato diverso.

19/2013 (como la política monetaria o la propiedad intelectual) (57), deberían revisarse los criterios de ponderación previstos en el artículo 15.3 de la Ley 19/2013 respecto a la protección de datos personales y, en particular, la remisión a los «plazos» del artículo 57 de la Ley de Patrimonio Histórico Español (puesto que el primer plazo previsto en dicha norma parte del fallecimiento de la persona afectada, cuando la protección de datos personales cesa con la muerte del titular) (58). Asimismo, es urgente revisar la Ley de Secretos Oficiales de 1968 para evitar que se convierta en un verdadero «agujero negro» en materia de transparencia (59). Igualmente, debería revisarse la pretendida exclusión *a limine* de la información tributaria del ámbito de la ley de transparencia.

- En relación con el ejercicio del derecho de acceso a la información pública, entre otros aspectos, se sugiere suprimir la referencia a la fecha de recepción de la solicitud por el «órgano» competente, contenida en el artículo 20.1 Ley 19/2013, por una simple remisión al artículo 21.3 de la Ley 39/2015 (fecha de entrada en el registro electrónico de la «Administración» competente); además, debería eliminarse de la causa de inadmisión del artículo 18.1.a) el inciso final relativo a información en curso de «publicación general», pues el supuesto parte de una información ya elaborada y sobre la que, además, se ha decidido su divulgación; respecto a la causa de inadmisión del artículo 18.1.b) debería precisarse que si la información auxiliar fuera determinante para la toma de decisiones no constituirá causa de inadmisión (60); y en relación a la causa de inadmisión del artículo 18.1.c), siguiendo el criterio de varias leyes autonómicas (61), debería también precisarse que no se estimará como reelaboración que

(57) En todo caso, es criticable el criterio de la Proposición de Ley Integral de Lucha contra la Corrupción y Protección de los Denuncia de 2017, que plantea sustituir el sistema de límites tasados por una cláusula abierta: «El derecho de acceso solo podrá ser restringido o limitado cuando la información para la que se solicite acceso posea carácter reservado o se encuentre protegida por disposición legal expresa».

(58) Vid. S. FERNÁNDEZ RAMOS (2017c); J. L. RODRÍGUEZ ÁLVAREZ (2016); J. C. TEJEDOR BIELSA (2014).

(59) El Grupo Parlamentario Vasco presentó el 29 nov. 2016 una Proposición de Ley de reforma de la Ley, que si bien fue admitida a trámite, aún se encuentra en tramitación.

(60) Así, Decreto 105/2017, de 28 de julio, del Consell, de desarrollo de la Ley 2/2015, de 2 de abril, de la Generalitat, en materia de transparencia y de regulación del Consejo de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno (art. 46).

(61) Ley 1/2014 Andalucía —art. 30.c)—, Ley 12/2014 R. Murcia —art. 26.4.c)—, Ley 12/2014 Canarias —art. 43.2.c)—, Ley 8/2015 Aragón —art. 30.1.c)—, Ley 2/2015 C. Valenciana —art. 16.2.b)—, Ley 4/2016 Castilla— La Mancha —art. 31.1.c)—. Vid. C. BARRERO RODRÍGUEZ (2017).

justifique la inadmisión la información que pueda obtenerse mediante un tratamiento informatizado de uso corriente. Por lo demás, respecto a la materialización del derecho, la Ley básica debería explicitar el derecho del solicitante a elegir la forma y formato de acceso a la información, con la salvedad de los supuestos definidos por la norma, tal como reconocen algunas leyes autonómicas (62).

- En relación con los órganos de garantía, la Ley básica debería delimitar las exigencias mínimas de «independencia» de los órganos autonómicos de garantía, tanto en su aspecto orgánico (proscribiendo el cese libre del titular por el órgano de gobierno durante la vigencia del mandato), como en su dimensión funcional (prohibiendo solicitar o recibir instrucciones por parte del órgano de gobierno, así como revisar de oficio los actos del órgano de garantía), así como ampliar las competencias de estos órganos a la supervisión de cumplimiento de las obligaciones de publicidad activa, tal como se ha indicado antes. Asimismo, debería explicitarse el deber de los sujetos obligados de colaborar con los órganos de garantía, tanto en la instrucción de las reclamaciones y denuncias, como en la ejecución de las resoluciones de los órganos de garantía, atribuyendo a éstos a tal efecto poderes coercitivos e, incluso, ante incumplimientos graves, potestad sancionadora (63).
- Por último, en relación con los llamados regímenes específicos, siguiendo el criterio previsto por la propia Ley 19/2013 en materia de publicidad activa y extendido por algunas leyes autonómicas al derecho de

(62) Ley Foral 11/2012 —art. 32.1—, Ley 4/2013 Extremadura —art. 26.1—; Ley 19/2014 Cataluña —art. 36.2—, Ley 8/2015 Aragón —art. 33.2—; Ley 4/2016 Castilla—La Mancha —art. 23.1—.

(63) En este sentido, la Proposición de Ley Integral de Lucha contra la Corrupción y Protección de los Denuncia de 2017, atribuya al Consejo de Transparencia y Buen Gobierno la competencia para instruir y sancionar. Otras modificaciones serían: prohibir que la Administración estatal o autonómica pueda revisar de oficio las resoluciones de los órganos de garantía, debiendo así en todo caso acudir a la interposición del correspondiente recurso contencioso-administrativo, como sucede en materia de recursos contractuales; derogar expresamente el plazo de un mes para la interposición de la reclamación en caso de silencio desestimatorio, en coherencia con la Ley 39/2015; explicitar la posibilidad de allanamiento y satisfacción extra procedimental de la pretensión; y atribuir el conocimiento de los recursos contenciosos contra resoluciones de los órganos de garantía directamente a la Audiencia Nacional en el caso del CTBG y al Tribunal de Superior de Justicia en el caso de órganos autonómicos (como sucede en materia de recursos contractuales), pues ya la reclamación ante el órgano de garantía funciona materialmente como primera instancia, lo cual facilitaría el diálogo entre los órganos de garantía y los tribunales.

acceso (64), la Ley básica debería condicionar su desplazamiento a que el régimen específico sea más favorable para la transparencia que el general. Y, en particular, la creación de un régimen específico de acceso a la información pública no debería, en ningún caso, excluir la competencia de los órganos de garantía para revisar la actuación de los sujetos obligados (65).

3. La transparencia de los órganos participativos

Finalmente, el principio de transparencia no debería reducirse al derecho de acceso a la información pública y a la publicidad activa, sino que debería llevar a reconsiderar las prácticas en el funcionamiento de múltiples órganos colegiados de las Administraciones públicas. Vaya por delante que no se cuestiona que deba mantenerse el tradicional carácter reservado de las deliberaciones de los órganos de Gobierno en sentido estricto (como el Consejo de Ministros y los Consejos de Gobierno autonómicos), con objeto de garantizar la unidad y cohesión del colegio.

Pero muy distinto debería ser el criterio en relación con los órganos de composición participativa que proliferan en los distintos niveles administrativos con funciones básicamente consultivas: en estos casos, debería permitirse la asistencia de público a las sesiones de estos órganos, criterio ya ordenado en EE UU desde los años 70 del pasado siglo. Esta transparencia puede constituir un factor que contribuya a superar algunos inconvenientes y desviaciones de las técnicas de participación orgánica denunciados por la doctrina —como es el abuso de influencia o la colusión de intereses por parte determinados representantes de organizaciones sociales— (66), y, en todo caso, serviría para revitalizar una práctica participativa un tanto desvaída. En definitiva, consideramos que hora es ya de rescatar el principio de publicidad de las sesiones del exclusivo y tradicional ámbito local, e incorporarlo, con las cautelas que sean precisas, a los órganos participativos de las Administraciones estatales y autonómicas (67).

(64) Ley 4/2013 Extremadura (disposición adicional 6ª); Ley 12/2014 Canarias (disposición adicional 1ª 2) y Ley 3/2015 Castilla y León —art. 6.2—.

(65) Vid. O. MIR PUIGPELAT (2017b).

(66) Hace ya décadas L. PAREJO ALFONSO (1987) y M. SÁNCHEZ MORÓN (1991), apuntaron el desarrollo de prácticas neocorporativistas.

(67) Así lo propusimos en su día, S. FERNÁNDEZ RAMOS (1997: 685 y ss.).

IV. BIBLIOGRAFÍA

- ABELLÁN GARCÍA GONZÁLEZ, A. M. (1989): «El Parlamento como órgano de expresión de la opinión pública: la publicidad parlamentaria frente al secreto», *Revista de las Cortes Generales* n° 18, pp. 193 y ss.
- ACKERMAN, JOHN M. – SANDOVAL, Irma E. (2008): *Leyes de acceso a la información en el mundo*, Cuadernos de transparencia n° 07, Instituto Federal de Acceso a la Información Pública, México.
- ARENA, Gregorio (1984): *Il segreto amministrativo. Profili teorici*, CEDAM, Padova.
- BALLESTEROS MOFFA, L. A. (2014), «La ausencia de respuesta a las solicitudes y reclamaciones de acceso a la información pública, ¿el caballo de Troya de la transparencia?», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 161, pp. 75-100.
- BARRERO RODRÍGUEZ C. (2017): «Las causas de inadmisión de las solicitudes de acceso a la información; en particular, la doctrina de las autoridades independientes», *Revista General de Derecho Administrativo* 46.
- BLANES CLIMENT, Miguel Ángel (2014): *La transparencia informativa de las Administraciones públicas*, Aranzadi-Thomson, Cizur Menor.
- BOBBIO, Norberto (1986): «La democracia y el poder invisible», en *El futuro de la democracia*, Fondo de Cultura Económica, México, 1986
- CAMPOS ACUÑA, M^a Concepción (2017): «Dilaciones indebidas» en el procedimiento de acceso a la información: problemas con los plazos», *El Consultor de los Ayuntamientos*, n° 20, de 30 de octubre, N° 20, 30 de oct. de 2017.
- CARINGELLA, F. – GAROFOLO, L. (1999): *L'accesso ai documenti amministrativi*, Giuffrè, Milano.
- CERRILLO I MARTÍNEZ, Agustí (2017): «Las leyes de transparencia y la innovación en las administraciones públicas», *R.I.T.I.* n° 5.
- (1998): *La transparencia administrativa: Unión Europea y Medio Ambiente (el derecho de acceso a la documentación administrativa)*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- CHEVALIER, Jacques (1988): «Le mythe de la transparence administrative», en *Information et transparence administratives*, P.U.F.
- D'AURIA, Gaetano (1990): «Trasparenza e segreti nell'amministrazione italiana», *Politica del Diritto* 1990-1.
- DE LA NUEZ SÁNCHEZ-CASCADO, E. – TARÍN QUIRÓS, C. (2014): *Transparencia y Buen Gobierno*, La Ley.
- DEL HIERRO, J. L. (2012): «Secreto», *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, n° 1, pp. 148-155.

- FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano: (2017a), «El derecho fundamental de acceso a la información pública», *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, n° 13, pp. 189-296;
- (2017b), «Publicidad activa: régimen general», *Tratado de procedimiento administrativo común y régimen jurídico básico del sector Público*, I Tomo, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 849-912.
 - (2017c), «Acceso a la información pública versus protección de datos personales», *Revista española de Derecho Administrativo*, Núm. 184.
 - (2017d), «La reclamación ante los órganos de garantía del derecho de acceso a la información pública», *Revista General de Derecho Administrativo* 45.
 - (2017e), «El silencio administrativo en el ejercicio del derecho de acceso a la información pública: entre el abuso de la administración y el voluntarismo del legislador», *RET, Revista Española de la Transparencia*, núm. 4, pp. 45-65.
 - (2016): «Información de carácter auxiliar o de apoyo: ¿vuelta a la exigencia de que la información conste en un expediente administrativo?», *RET, Revista Española de la Transparencia*, núm. 3, pp. 80-87.
 - (2011): «Aproximación al Convenio del Consejo de Europa sobre acceso a los documentos públicos», en *El nuevo Derecho Administrativo, Liber Amicorum*, Enrique Rivero Ysern, Universidad de Salamanca, Ratio Legis, Salamanca, pp. 127-137.
 - (2009): *El derecho de acceso a la información medioambiental*, Monografía asociada a la *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental* núm. 15, Cizur Menor: Aranzadi-Thomson.
 - (2004): «La transparencia administrativa en Portugal», *Revista de Administración Pública*, núm. 163, pp. 431-463.
 - (1997): *El derecho de acceso a los documentos administrativos*, Marcial Pons, Madrid.
- FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano – PÉREZ MONGUIÓ, José M^o. (2017), *El derecho al acceso a la información pública en España*, Aranzadi-Thomson, Cizur Menor.
- 2014), *Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno*, Aranzadi-Thomson, Cizur Menor.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo – FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón (1994): *Curso de Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid.
- GUARNIERI, F. L. (1998): *Il diritto di accesso ai documenti amministrativi*, Giuffrè, Milano, 1998.

- GUICHOT, Emilio (2017): «Derecho de acceso a la información pública», *Tratado de procedimiento administrativo común y régimen jurídico básico del sector Público*, I Tomo, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 534 y ss.
- (Coord.) (2014): *Transparencia, acceso a la información pública y Buen Gobierno, Estudio de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre*, Ed. Tecnos, Madrid.
 - (2011): «Transparencia y acceso a la información pública en España: análisis y propuestas legislativas», Fundación Alternativas, Documento de trabajo 170/2011; y más recientemente,
 - (2010): *Transparencia y Acceso a la Información en el Derecho Europeo*, Sevilla. Editorial Derecho Global – Global Law Press.
- MARTÍN DELGADO, Isaac (2016): «La reclamación ante el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno: un instrumento necesario, útil y ¿eficaz?», en LÓPEZ RAMÓN, F. (Coord.), *Las vías administrativas de recurso a debate*, Actas del XI Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo, INAP, Madrid, pp. 377 y ss.
- MENDEL, Toby (2007): *Libertad de información: comparación jurídica*, 2ª ed., UNESCO, París.
- MESTRE DELGADO, Juan Fco (1997): *El derecho de acceso a archivos y registros administrativos*, Civitas, Madrid, 2ª ed.
- MIR PUIGPELAT, Oriol (2017a): «Las autoridades autonómicas de garantía del derecho de acceso. Una aproximación crítica a su diseño institucional», en Troncoso Reigada, Antonio (Dir.), *Comentario a la Ley de Transparencia*, pp. 1823-1847.
- (2017b): «El acceso a la información pública en la legislación española de transparencia: crónica de un cambio de paradigma». *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 55 (diciembre 2017), pp. 48-66.
- PALOMARES HERRERA, M. (2016): «Proyecto del reglamento de transparencia, acceso a la información y buen gobierno en España: estudio general y reflexiones», *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, núm. 12, pp. 229-271.
- PAREJO ALFONSO, Luciano (1991): *Crisis y renovación en el Derecho Público*, Madrid, CEC, 1991.
- (1987), «La participación en el Estado social», *Actualidad Administrativa*, nº 5, p. 235 y ss.
- POMED SÁNCHEZ, Luis A. (1989): *El acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos*, INAP, Madrid.
- PIGRAU SOLÉ, Antoni (2008): *Acceso a la información, participación pública y acceso a la justicia en materia de medio ambiente: diez años del Convenio de Aarhus*. Barcelona, Atelier.

- RAMS RAMOS, Leonor (2016): «El procedimiento de ejercicio del derecho de acceso a la información pública», *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 41.
- (2013): «La transformación del derecho de acceso en España: de derecho de configuración legal a derecho fundamental», *REDA* núm. 160.
 - (2009): *El derecho de acceso a archivos y registros administrativos*, Reus, Madrid.
- RAZQUIN LIZARRAGA, Martín M.º (2015): *El derecho de acceso a la información pública. Teoría y práctica, en especial, para las entidades locales*, IVAP, Oñati.
- REY MARTÍNEZ, F. (2014): «Quod omnes tangit ab omnibus cognitum esse debet: el derecho de acceso a la información pública como derecho fundamental», *Revista Jurídica de Castilla León*, núm. 33, pp. 1-19.
- RODRÍGUEZ ALVAREZ, José Luis (2016): «Transparencia y protección de datos personales: criterios legales de conciliación», en VV. AA., *Datos, protección, transparencia y buena regulación*, Documenta Universitaria, Girona, pp. 53 y ss.
- RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime – SENDÍN GARCÍA, M. A. (2014), *Transparencia, acceso a la información y Buen Gobierno*, Comares.
- ROLLNERT LIERN, G. (2014): «El derecho de acceso a la información pública como derecho fundamental: una valoración del debate doctrinal a propósito de la ley de transparencia», UNED. *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 34, pp. 349-368.
- SÁNCHEZ DE DIEGO, Manuel (Coord.) (2008): «Un derecho fundamental a acceder a la información pública», en la obra por él coordinada, *El derecho de acceso a la información pública, Actas del Seminario Internacional Complutense. El papel del Derecho de la Información en la Sociedad del Conocimiento*, Universidad Complutense, Madrid, pp. 7-41.
- SANCHEZ MORÓN, Miguel (1991): «Participación, neocorporativismo y Administración económica», *Estudios sobre la Constitución en homenaje a García de Enterría*, Civitas, pp. 3951 y ss.
- (1980): *La participación del ciudadano en la Administración Pública*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- SENDÍN GARCÍA, Miguel Ángel (2004): «El derecho de acceso a los documentos administrativos: un instrumento esencial para la participación ciudadana. Derecho estatal y local», *REALA*, núm. 294-295, pp. 385 y ss.
- TEJEDOR BIELSA, Julio Cesar (2014): «A la búsqueda del equilibrio entre transparencia administrativa y protección de datos. Primeros desarrollos en el ámbito municipal», *Gestión y Análisis de Políticas Públicas*, Nueva Época, nº 12.

- TRONCOSO REIGADA, Antonio (dir.) (2017): *Comentarios a la Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno*, Civitas Thomson Reuters.
- 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*. Cizur Menor, Aranzadi.
- VILLALTA, Riccardo (1987): «La trasparenza dell'azione amministrativa», *Dir. proc. amm.* pág. 542,
- VV. AA. (2014): *Transparencia, Acceso a la Información y Buen Gobierno*, *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 33, Monográfico, mayo 2014.

EL CONCEPTO DE ANIMAL DE COMPAÑÍA: UN NECESARIO REPLANTEAMIENTO^(*)

JOSÉ MARÍA PÉREZ MONGUIÓ

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.– II. EL ORIGEN DE LA EXPRESIÓN «ANIMAL DE COMPAÑÍA».– III. CLASIFICACIÓN TRADICIONAL DE LOS ANIMALES: 1. Conceptualización de los términos animales salvajes, domesticados y domésticos 2. Animales salvajes. 2. Animales domesticados 3. Animales domésticos.– IV. EL CONCEPTO DE ANIMAL DE COMPAÑÍA EN LA REGULACIÓN AUTONÓMICA VIGENTE REGULADORA DE LA PROTECCIÓN DE LOS ANIMALES.– V. CARACTERES COMUNES A TODAS LAS CONCEPTUALIZACIONES DE ANIMAL DE COMPAÑÍA EN LAS LEYES AUTONÓMICAS DE PROTECCIÓN DE LOS ANIMALES.– VI. RECAPITULACIÓN Y CONCLUSIONES.– VII BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: *El presente trabajo pretende profundizar en la génesis del concepto de animal de compañía para intentar delimitar su alcance y contenido, en aras de establecer las bases para la construcción de un régimen coherente en el que se prescindiera de elementos distorsionadores que han venido provocados por la confusión de conceptos y categorías, restricciones que exclusivamente derivan de una concepción antropocéntrica, sin olvidar el cajón de sastre en el que a veces se convierte el citado concepto.*

Palabras clave: animal de compañía; animal doméstico; protección animal.

ABSTRACT: *This paper sets out to go into depth on the genesis of the concept of pet, in order to delimit its substance and scope as a prerequisite to create a coherent legal framework. It is a distorted concept due to confused categories and functions, to restrictions developed from an anthropomorphized concept of animals and to the catchall category it has occasionally become.*

Key words: pet; domestic animals; protection animals.

(*) Trabajo recibido para su publicación en esta Revista el 8 marzo 2018 y evaluado definitivamente para su publicación el 24 abril 2018.

I. INTRODUCCIÓN

La existencia de animales en el ámbito doméstico sin ningún sentido práctico y por mero placer no es, como bien señala MORRIS (1), un fenómeno reciente ni un producto de la prosperidad de los países avanzados. Se trata de una antigua y profundamente arraigada costumbre de la sociedad humana, que se ha visto influenciada y condicionada por las distintas culturas y momentos históricos (2).

En las últimas décadas se ha producido un aumento cuantitativo de animales destinados a la compañía en todos los países de nuestro entorno cultural. Las cifras hablan por sí solas. En España en 1997 había 3,3 millones de perros y 2,6 millones de gatos o 10 millones de acuarios, cifras que se hallaban aún alejadas de las del Reino Unido donde existían 6,8 millones de perros y 7,1 de gatos (3) o de Alemania donde se calcula que existían más de 20 millones de animales de compañía que viven en más de 11 millones de hogares (4). Cifras que no hacen más que crecer, como se puede apreciar en las siguientes tablas del Informe, solicitado por el Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente, de resultados de Análisis y caracterización del sector de los animales de compañía (5). De hecho se afirma que uno de cada dos hogares en España tiene un *animal doméstico* (6) (exclusivamente referido a perros y gatos).

Pero este crecimiento no es sólo cuantitativo sino que también tiene una dimensión cualitativa. Progresivamente se están incorporando a este enorme mercado especies y razas nuevas con el fin de satisfacer la demanda de animales distintos de los tradicionales. Tanto ha cambiado el mercado de estos animales que a día de hoy es fácil hallar en cualquier negocio especializado

(1) D. MORRIS (1999:69).

(2) *Ibid*, p. 70. Los antropólogos han demostrado, en variadas ocasiones, que las sociedades tribales con tecnología primitiva casi siempre han tenido algún animal de compañía doméstica. Los indios americanos, cuando fueron hallados, tenían toda clase de compañeros animales como alces, bisontes, lobos, osos e incluso pájaros.

(3) Informe Pet Care product: the international market, 1998, *Animalia*, núm. 107 (1999), p. 17.

(4) *Vid.* M. A. SÁNCHEZ (2005: 68-69).

(5) https://www.aemvet.com/attachments/article/126/Informe_sobre_animales_de_compania.pdf (consultado el 20 de febrero de 2018).

(6) https://elpais.com/economia/2017/03/15/actualidad/1489603728_054274.html (Consultado el 20 de marzo de 2017). Igualmente, según Asociación Madrileña de Veterinarios de Animales de compañía, hay más de 20 millones de mascotas, de los cuales 7,3 millones se corresponden a perros y gatos y donde un 40% de los hogares españoles tiene al menos una mascota [Informe sectorial 2018, http://www.amvac.es/docs/informe_sectorial.pdf (Consultado el 22 de marzo de 2018)].

Estimación de perros y gatos en los años 2.012 y 2.015

2015	Nº Hogares con animales	Nº Medio de animales por hogar	Total animales (estimación)
Hogares con perro	3.929.755	1,3	5.147.980
Hogares con gato	1.471.415	1,5	2.265.980

2012	Nº Hogares con animales	Nº Medio de animales por hogar	Total animales (estimación)
Hogares con perro	3.588.016	1,3	4.664.421
Hogares con gato	1.556.445	1,6	2.490.312

Variación 2012-2015	Nº Hogares con animales	% evolución nº de hogares 2012-2015	Nº Medio de animales por hogar	% evolución nº medio de animales por hogar 2012-2015	Total animales (estimación)	% evolución total de animales 2012-2015
Hogares con perro	341.739	9,52%	0,0	0,00%	483.559	10,37%
Hogares con gato	-85.030	-5,46%	-0,1	-6,25%	-224.332	-9,01%

hurones, chinchillas, ardillas, cerdos de Vietnam, serpientes de todo tipo, iguanas, varanos, pirañas, escorpiones, tarántulas o insectos palo. Este incremento ha propiciado la proliferación en unos casos y en otros la aparición de un considerable tejido empresarial destinado a proporcionar no sólo el «producto», sino también los servicios y recursos necesarios para el mantenimiento del mismo como son las residencias, los criaderos, las tiendas de venta, las clínicas, los consultorios y los hospitales veterinarios, los centros de adiestramiento, los locales de acicalamiento, los fabricantes de productos cosméticos o de accesorios de todo tipo, sin olvidar los destinados a la confección de piensos y productos varios de alimentación. Este aumento tanto cuantitativo como cualitativo de los animales de compañía en los hogares y, por ende, en las ciudades ha sido la causa eficiente de numerosos problemas. Algunos de ellos no tenían precedentes en nuestro país, como son los derivados del abandono de animales no endógenos, que con una mayor capacidad de adaptación al medio han desplazado y, en algunos casos, puesto en peligro a los propios de nuestra fauna (7). Otros constituyen una variación normalmente

(7) El Código penal introduce un tipo en el 333 que, bajo la rúbrica *Introducción de especies de flora o fauna no autóctona*, dispone: «El que introdujera o liberara especies de flora o fauna no autóctona, de modo que perjudique el equilibrio biológico,

incrementada de algunos problemas ya existentes, entre los que se hallan los provocados por las heces, el abandono, las zoonosis y epizootias y los propios de la convivencia en sociedad. Este último aspecto no se circunscribe exclusivamente a los problemas y situaciones que se puedan derivar o tener su origen en la circulación de los animales por los espacios públicos sino que existe otra faceta en esta materia de una importancia capital, representada por las cuestiones vinculadas a la tenencia de animales en las viviendas de propiedad horizontal y conjuntos residenciales, que no debe ser preterida (8).

Este amplio y complejo sector (9) ha tenido una especial atención normativa por parte de los distintos legisladores autonómicos desde 1988. En ese año se aprueba la Ley 3/1988, de protección de los animales en la Comunidad Autónoma de Cataluña, con una clara inspiración en el Convenio del Consejo de Europa relativo a la protección de los animales de compañía de 1987 —Convenio cuyo Instrumento de ratificación por España ha sido publicado treinta años después, el 11 de octubre de 2017 (BOE núm. 245)— (10). Todas las leyes autonómicas de protección animal, con distintos alcances, tienen en común el propósito de alcanzar una regulación comprensiva de aquellos aspectos que pueden afectar a la convivencia del hombre con los animales que desempeñan esta función y la relación de estos últimos con el resto de la sociedad, junto con unos principios proteccionistas en su acepción de bienestar que inspiran toda la normativa (11).

Sin embargo, resulta llamativa la inexistencia de un concepto unívoco de animal de compañía, término consolidado por otra parte. Esta circunstancia provoca algunas disfunciones importantes que a mi juicio dificultan la construcción de un régimen coherente en la medida que actualmente se confunden

contraviniendo las leyes o disposiciones de carácter general protectoras de las especies de flora o fauna, será castigado con la pena de prisión de cuatro meses a dos años o multa de ocho a veinticuatro meses y, en todo caso, inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de uno a tres años». Vid. el Real Decreto 630/2013, de 2 de agosto, por el que se regula el Catálogo Español de Especies Exóticas Invasoras se refuerza la protección del medio natural y la biodiversidad en España.

(8) Vid. J. M^o PÉREZ MONGUIÓ (2005: 256 a 262).

(9) La regulación de los animales, que mucho después se denominarían, de compañía en nuestro país comienza esencialmente al inicio del siglo XX, con los primeros reglamentos con el objetivo de evitar y controlar la expansión de las epizootias y zoonosis, sin perjuicio de la existencia de alguna norma destinadas a la protección. Vid. J. M^o. PÉREZ MONGUIÓ (2005: 137 a 150).

(10) Vid. M. MULA ARRIBAS (2017).

(11) Pese al papel indiscutible y protagonista de las Comunidades Autónomas en la materia, sería desconsiderado olvidar la labor de los municipios, tanto en la regulación de los animales de compañía como en la ejecución y desarrollo, en los primeros momentos de la normativa estatal, y, posteriormente, de la autonómica.

categorías con funciones, se producen restricciones que exclusivamente derivan de una concepción antropocéntrica, sin olvidar el cajón de sastre en el que a veces se convierte el citado concepto, incluso se intenta realizar una subdivisión o subcategoría en el amplio espectro de los animales de compañía en el que se incluirían las mascotas (12).

Estas disfunciones, cuando comienza la regulación de los animales de compañía por parte de las Comunidades Autónomas, a finales de los años ochenta, podían ser en cierta medida asumibles por la novedad en la construcción de los conceptos y, sobre todo, al no existir una normativa estatal que regulase la materia. Sin embargo, en estos momentos, la existencia de la legislación de animales potencialmente peligrosos, animales que se integran en su inmensa mayoría en el grupo de los de compañía, la Ley 32/2007, de 7 de noviembre, para el cuidado de los animales, en su explotación, transporte, experimentación y sacrificio, aplicable a los animales de compañía salvo en las Comunidades Autónomas con competencias estatutariamente asumida en esta materia, siempre que no dicten su propia normativa (13), la Ley 8/2003, de 24 de abril, de sanidad animal, el Código penal o el Reglamento (CE) 998/2003 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de mayo de 2003, por el que se aprueban las normas zoonómicas aplicables a los desplazamientos de animales de compañía sin ánimo comercial, y se modifica la Directiva 92/65/CEE del Consejo y ahora la Proposición de Ley 122/000134, de modificación del Código Civil, la Ley Hipotecaria y la Ley de Enjuiciamiento Civil, sobre el régimen jurídico de los animales (14), empiezan a configurar un estatuto básico de los animales de compañía, en los que los conceptos bailan y son difusos, todo ello sin olvidar los tipos penales que no descienden a la consideración de los animales en virtud de su función y se limitan a la categoría en la que se integran para determinar el régimen aplicable.

De esta forma, el presente trabajo pretende profundizar en la génesis del concepto de animal de compañía para intentar delimitar su alcance y contenido en aras de establecer las bases para la construcción de un régimen coherente en el que se prescindiera de elementos distorsionadores (15).

(12) L. SAMPER RASERO (1994: 116).

(13) J. M^o. PÉREZ MONGUIÓ (2008: 50-53).

(14) Vid. C. ROGEL VIDE (2017:87 y ss.). Resulta llamativo que en la Proposición se aluda en numerosas ocasiones a los animales de compañía pero no se establezca una definición. Este hecho puede provocar numerosos problemas pues en cada Comunidad Autónoma existe un concepto distinto y así la aplicación del Código Civil podría tener un alcance diverso en cada región.

(15) La doctrina española no se ha ocupado del régimen de los animales de compañía, con excepciones, entre otras, como: E. ARANA GARCÍA (2006: 727-754); M^o A. GONZÁLEZ BUSTOS (2000: 3976-3981); M. HERRERO DE MIÑÓN (2009: 204-27); M. L. ROCA FERNÁNDEZ CASTANYS (2002: 1207-1240); L. ZARRALUQUI SÁNCHEZ EZNARRIGA (2018: 7). Con todo el tratamiento que

II. EL ORIGEN DE LA EXPRESIÓN «ANIMAL DE COMPAÑÍA»

El origen de esta expresión es sorprendentemente moderno, apareciendo por primera vez en España a principios de los años setenta como fruto de la traducción, como señala MARIAS (16), de la palabra anglosajona *Pet* que significa animal doméstico (or de casa); (p.) favorito (17). Hasta esos momentos no existen referencias al término, utilizándose, fundamentalmente, el de animal doméstico.

En esa década comienzan a llegar a España numerosas nuevas especies y razas de animales con el propósito de ser empleadas para la compañía de los seres humanos, y con ellas las publicaciones extranjeras que desde hacía unos años se dedicaban a la descripción de los cuidados y atenciones que se les debía dispensar (18).

La mayoría de estas obras se referían a estos animales como domésticos en el sentido *de casa*, utilizando la palabra *Pet*, sin embargo a la hora de la traducción se produjo una *mutación* de la expresión animal doméstico por animal de compañía con el objeto, seguramente, de ser más descriptivos y adaptarse a una denominación que ya empezaba a ser de uso general. De esta manera se desligaban los animales domésticos destinados a la carga, a la alimentación humana o al trabajo, de aquellos otros cuya función principal era la compañía.

De hecho, en el momento en el que se inició la regulación autonómica de este sector, la generalidad de las Comunidades Autónomas optó por utilizar esta fórmula. La Comunidad Autónoma de Cataluña con la Ley 3/1988, de Protección de los Animales, fue la primera que hizo referencia expresa a los animales de compañía, dedicándole todo el Título II. Después las Comunidades de Madrid, Murcia, Castilla-La Mancha, Canarias, Cantabria, Islas Baleares, Valencia, La Rioja, Castilla y León, Extremadura, Asturias, Aragón y Andalucía seguirían el mismo camino (19), incluso alguna de ellas incluirían la referen-

han realizado los autores ha versado sobre distintas cuestiones sin adentrarse en el argumento conceptual de la categoría.

(16) J. MARIAS (1987:23). Esta cita ha sido extraída de la obra de M. SECO REYMUNDO, A. PUENTE; G. RAMOS GONZÁLEZ (1999: 1140).

(17) *Diccionario básico de inglés*, ed. Langenscheidt, 1985, p. 515.

(18) Actualmente resulta casi imposible no encontrar libros, en la mayoría de los casos bastante serios, sobre los animales que comparten nuestra vida doméstica sin ninguna otra finalidad que la compañía, diversión o entretenimiento. La especialidad ha llegado a tal punto que lo difícil es encontrar un libro sobre especies en general, es decir sobre perros, gatos, arácnidos, pájaros, reptiles sino que versan sobre razas concretas: periquitos, diamantes mandarines, cobayas, hámster o perros.

(19) Ley 11/2003, de 24 de noviembre, de Protección de los Animales de Andalucía; Ley 11/2003, de 19 de marzo, de Protección Animal en la Comunidad Autónoma de Aragón,

cia al concepto en sus propios títulos (20). Solamente el País Vasco y Galicia optarían por seguir utilizando el término animal doméstico (21).

Con todo y pese a la unanimidad en la aceptación de la expresión, uno de los múltiples problemas en relación con los animales de compañía, como en otros tantos sectores, se encuentra en la inexistencia de un concepto unívoco que nos delimite qué tipo de animales y qué requisitos deben concurrir en los mismos para ser catalogados como de compañía.

Todos, al menos de una forma apriorística, sabemos o creemos saber qué es un animal de compañía. Nadie duda que los perros y los gatos pertenezcan a esta categoría, pero, ¿siempre? y ¿en todas la Comunidades Autónomas?, y ¿qué ocurre con las demás especies?

Ley 13/2002, de 23 de diciembre, de tenencia, protección y derechos de los animales del Principado de Asturias; Ley 1/1992, de 8 de abril, de Protección de Animales que viven en el Entorno Humano en la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares; Ley 8/1991, de 30 de abril, de Protección de los Animales en la Comunidad Autónoma de Canarias; Ley 3/1992, de 18 de marzo, de Protección de los Animales en la Comunidad Autónoma de Cantabria; Ley 7/1990, de 28 de diciembre, de Protección de los Animales Domésticos en la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha; Ley 5/1997, de Protección de Animales de Compañía en la Comunidad Autónoma de Castilla y León; Ley 5/2002, de 23 de mayo, de protección de los animales de Extremadura; Ley 5/1995, de 22 de marzo, de Protección de los Animales en la Comunidad Autónoma de La Rioja; Ley 1/1990, de 1 de febrero, de Protección de los Animales Domésticos en la Comunidad Autónoma de Madrid; Ley 10/1990, de 27 de agosto, de Protección de Protección y Defensa de los Animales de Compañía en la Comunidad Autónoma de Murcia; Ley Foral 7/1994, de 31 de mayo, de Protección de Animales en la Comunidad Autónoma de Navarra y Ley 4/1994, de 8 de julio, sobre Protección de Animales de Compañía en la Comunidad Autónoma de Valencia. Como puede apreciarse incluso algunas leyes ya incluyeron la referencia a los animales de compañía en sus títulos como fue el caso de Castilla y León.

(20) Es el caso de Castilla y León, Murcia y Valencia. Incluso en curioso como en las leyes de segunda generación todas incluyen en el título la palabra animal de compañía: Ley 4/2016, de 22 de julio, de Protección de los Animales de Compañía de la Comunidad de Madrid; Ley 4/2017, de 3 de octubre, de protección y bienestar de los animales de compañía en Galicia; Ley 6/2017, de 8 de noviembre, de protección y defensa de los animales de compañía de la Región de Murcia.

(21) La Ley 1/1993, de 13 de abril, de protección de animales domésticos y salvajes en cautividad de Galicia en un primer momento no hacía mención en su articulado a los animales de compañía, sin embargo, cinco años más tarde, el Reglamento de la misma, en su artículo tercero ya define los animales de compañía considerándolos como una subespecie de animal doméstico. *Vid.* el Decreto 153/1998, de 2 de abril, por el que se aprueba el Reglamento que desarrolla la Ley 1/1993, de 13 de abril, de protección de los animales domésticos y salvajes en cautividad —derogado por la disposición derogatoria única de la Ley 4/2017—. La Ley 1/1993 ha sido derogada por la aparición una ley de segunda generación cuyo título es muy distinto y contempla la especificidad de los animales de compañía: Ley 4/2017, de 3 de octubre, de protección y defensa de los animales de compañía en Galicia.

III. CLASIFICACIÓN TRADICIONAL DE LOS ANIMALES

Desde tiempos inmemoriales los animales han sido clasificados y catalogados con finalidades principalmente mercantilistas relacionadas con la propiedad, la posesión, la ocupación y la responsabilidad. El criterio definidor ha sido normalmente el del grado de libertad e independencia de éstos con respecto al hombre estableciéndose, en virtud del mismo, tres grandes categorías o grupos: animales salvajes, domesticados y domésticos, que con origen en el Derecho Romano, como señala CASTÁN (22), se mantienen hasta el día de hoy en el 465 Código civil (23):

«Los animales fieros sólo se poseen mientras se hallen en nuestro poder; los domesticados o amansados se asimilan a los mansos o domésticos si conservan la costumbre de volver a casa».

En el Derecho Romano se sentaron los primeros parámetros destinados a lograr una clasificación, sin que quedara esta última expresamente determinada. De este modo se distinguían:

— Animales salvajes: «Así pues, todos los animales de los que uno pueda apoderarse en la tierra, mar y aire, eso es, los salvajes, aves, peces, se hacen del que se apodera de ellos» (24).

— Animales domesticados: «Nadie niega tampoco que sean de naturaleza salvaje los ciervos, aunque algunos los tienen domesticados para ir y volver de los bosques. Para estos animales que tienen la costumbre de ir y de volver, se ha aprobado la regla de que se entiende que siguen siendo nuestros en tanto conserven la querencia de volver» (25).

(22) J. CASTÁN TOBEÑAS (1964: 219 y ss).

(23) Escritores contemporáneos a la redacción de nuestro Código civil expusieron en sus tratados, como señala MUCIUS SCAEVOLA, definiciones muy precisas sobre qué debía entenderse por animales fieros o salvajes, domesticados o amansados y mansos o domésticos. LASERNA dice que son animales fieros «los que, libres del poder del hombre, no han perdido la costumbre de vagar por los campos, por las aguas y por el aire; amansados, los que, siendo fieros por naturaleza, han sido domesticados, y mansos, los que nacen bajo la potestad del hombre y tienen el instinto de estar sometidos á ella». Por su parte, VISO define los animales libres fieros o salvajes diciendo que así se llaman «los que por su instinto vagan libremente sin apetecer la compañía del hombre y sin poder ser cogidos sino por la fuerza, ora sean terrestres, acuáticos, ó aves; amansados o domesticados, los que, siendo fieros por naturaleza, se acostumbran á la vista y compañía del hombre y adquieren muchos de ellos la costumbre de irse y volver á los abrigos que se les proporcionan, y los mansos ó domésticos, los que nacen y se crían en nuestras casas ó bajo el poder del hombre», Q. MUCIUS SCAEVOLA (1983: 612).

(24) D. 41.1.

(25) D. 41.3.

— Animales domésticos: «No son de naturaleza salvaje las gallinas y los patos, pues es evidente que son distintos los gallos y patos salvajes. Por lo tanto, si alguien hubiera hecho que mis patos o mis gallinas se escaparan volando lejos, siguen no obstante siendo de mi propiedad» (26).

En el Derecho medieval, siguiendo con la tradición romana, se reprodujo la misma clasificación, a efectos de la caza. La Ley XVII, Título 28, Partida III, en relación con los animales salvajes nos manifiesta que:

«Como ome gana el señorío de las bestias salvajes, e de los pescados luego que los prende», dispone que las «Bestias salvajes, e los aves, e los pescados de la mar, e de los ríos quein quier que los prenda son suyos...».

Los animales domesticados o amansados son definidos de la siguiente manera:

«Pavones, e gavilanes, e gallinas de Yndia, e Palomas, e Gruas, e Ansares, e Faysanes, e las otras aves semejantes dellas, que son salvajes, segud natura acostumbraron los omes a las vegadas a amansar e criar en sus casas. E por ende dezimos que en quanto acostumbran estas aves atales de yr e tornar a casa de aquel que las cria, que ha el señorío por doquier que anden; mas luego que ellas porsí se, dexen la costumbre que usaron de yr, e de tornar, que pierde el señorío dellas el que lo avia, e gana lo quien quier que las prende. Esso mismo dezimos de los ciervos, e de los gamos, e de las zebras...» (La Ley XXIII, Título 28, Partida III).

Por último, los animales domésticos, serían:

«Gallinas, e capones, e las ansares que nacen, e se crían en las casas de los omes no son de natura salvajes. E por ende dezimos que maguer buelen y se vayan de casas aquellos que las crían por espanto, o en otra manera, e non tornen y por esso no pierden el señorío dellas aquellos cuyas son...» (La Ley XXIV, Título 28, Partida III).

1. Conceptualización de los términos animales salvajes, domesticados y domésticos

Es en el siglo XIX y principios del XX cuando se procede, desde el ámbito normativo, a definir positivamente las categorías de animales salvajes, domesticados y salvajes. En este periodo destacan, al margen del Código civil, las Leyes de Caza de 10 de enero de 1879 y de 16 de mayo 1902 y el Reglamento de esta última de 3 de julio 1903.

La Ley de Caza de 10 de enero de 1879, pese a seguir el sendero de las fuentes romanistas y recoger la clasificación tripartita de épocas anteriores,

(26) D. 41.5.

constituyó la primera norma que de forma expresa plasmaba la clasificación de los animales, unificando, conceptuando y describiendo cada una de ellas. Anteriormente todas las normas que habían tratado la materia no se habían detenido en la búsqueda de una definición que permitiera distinguir nítidamente los animales salvajes, domesticados y domésticos. De este menester se ocupan los seis primeros artículos de la Ley, que posteriormente serían reproducidos por la Ley de 1902 (27).

«Los animales a efectos de esta Ley se dividen en tres clases:

Primera. Los fieros ó salvajes.

Segunda. Los amansados ó domesticados.

Tercera. Los mansos ó domésticos» (art. 1).

2. Animales salvajes

De este modo, en primer lugar, se definen a los animales fieros o salvajes como «aquellos que vagan libremente y no pueden ser cogidos sino por la fuerza» (art. 2 Ley de Caza de 1879), por tanto sería salvaje, reproduciendo las bellas palabras de MUCIUS SCAEVOLA, «...el animal libre naturalmente, criado en la selva, en el monte, en la llanura, rebelde á toda sumisión, contrario á toda obediencia; es el animal que transitoriamente ha perdido su libertad, pero que por cualquier accidente puede volver a recobrarla; es la cosa *nullius* de ayer, la propiedad particular de hoy, la que el día de mañana volverá acaso á su condición primitiva, que es la natural» (28).

Como vemos, y a diferencia del Código civil, se equiparan los animales fieros a los salvajes. Pese a esta homologación veinticuatro años más tarde, en 1903, cuando se aprueba el Reglamento para la Aplicación de la Ley de Caza de 1902, se produce una especificación que consideramos de interés. El artículo 2 del Reglamento, incluido en la Sección Primera bajo la rúbrica, *Clasificación de los Animales*, dispone que:

«Pertenece a la clase de fieros y salvajes los animales siguientes: el oso común (*ursus arctos*), el lobo (*canis lupus*).

Pertenece a la clase de salvajes, los animales siguientes, objeto de caza en España:

El ciervo (*cervus elapus*), el gamo (*cervus dama*), el corzo (*cervus capreolus*), la gamuza (*antilope rupricapra*), la cabra montés (*capra pyrenaica*), el jabalí (*sus seropha*), el zorro (*canis vulpes*), el linco (*felix lyns*), el gato clavo o lobo cerval

(27) La Ley de Caza de 1902 reproduce los seis primeros artículos de la Ley de Caza de 1879. Estos artículos, son los destinados a la clasificación de los animales. Por tanto, y a efectos expositivos, cuando hagamos referencia a un artículo de la Ley de Caza de 1879 se estará haciendo referencia también al mismo precepto de la Ley de 1902.

(28) Q. MUCIUS SCAEVOLA (1983: 614).

(*felix pardina*), el gato montés (*felix catus*), el tejón (*meles taxus*), la gineta (*viverra genetta*), el turón (*mustela putorius*), la garduña (*mustela faina*), la marta (*mustela martes*), la comadreja (*mustela vulgaris*), la nutria (*lutra vulgaris*), la ardilla (*sciurus vulgaris*), el conejo (*lepus caniculus*), la liebre (*lepus grananensis*).

Entre las aves: «el búho (*strix bubo*), la lechuza (*strix flammica*), el mochuelo (*strix otus*), la corneja (*strix scops*), el alcón común (*falco communis*), el cernícalo (*falco tinunculus*), el alfanque (*falco barbarus*), el esmerejón (*falco aesalon*), el gerifalte (*falco gryfalcon*), el águila real (*falco chrysaetos*), la imperial (*falco imperialis*), el gavián (*falco nisus*), el milano (*falco nisus*), el quebrantahuesos (*gypaetus barbatus*), el buitre leonado (*vultur vulvus*), el pardo (*vultur cinereus*), el alimoche (*vultur perenopterus*), el tordo (*turdus pilaris*), la charla (*turdus viscivorus*), el zorzal (*turdus musicus*), el malvís (*turdus iliacus*), el estornino (*sturnus vulgaris*), el tordo serrano (*sturnus unicolor*), la paloma torcaz (*columba palumbus*), la zurita (*columba anas*), la montés (*columba livia*), la tórtola (*columba turtur*), el faisán (*phasianus colchicus*), la ganga (*pteroctes alchata*), la ortega (*pteroctes arenarius*), la perdiz roja (*perdix rufa*), la pardiella (*perdix cinerea*), la codorniz (*coturnis communis*), la avutarda (*otis tarda*), el sisón (*otis tetras*), el ave fría (*vanellus cristatus*), la grulla (*grus cinerea*), la garza (*ardea cinerea*), la choza (*scolopax rusticola*), la agachadiza (*scolopax gallinula*), el rascón (*rallus crex*), la focha (*fuliea chloropus*), la gallina de agua (*fulica atra*), el flamenco (*phenicoterus roseus*), el ganso común (*anser cinerix*), el pato común (*anas boschas*) y sus diferentes variedades, la zarceta mayor (*anas crecca*), la menor , y análogas».

Por tanto, el Reglamento diferencia los animales fieros y salvajes de los que únicamente son salvajes. El hecho de que a lobos y osos, los carnívoros mayores de la Península Ibérica, se les catalogue dentro del primer grupo manifiesta que la diferencia con los únicamente salvajes radica, esencialmente, en que estos animales por su peso y agresividad, en circunstancias muy específicas, pueden causar la muerte al hombre. Todos los restantes, de una forma potencial, pueden producir daños de mayor o menor entidad al hombre o a sus pertenencias pero difícilmente pueden ir más allá.

La característica común de todos los animales salvajes, tanto de los fieros como de los no fieros, es su tendencia a la huida (29) y, por tanto, sólo se poseen mientras están en nuestro poder (30). Este sometimiento, como señala MUÑOZ MACHADO (31), es lo fundamental. GALLO, define con gran precisión la fórmula, «mientras se hallan en nuestro poder», diciendo que:

«Así los animales fieros o salvajes, las aves ó los peces (...) cogidos (...) por nosotros, nos pertenecen mientras permanezcan en nuestro poder. Pero si se escapan y vuelven á gozar de su libertad natural, dejan de pertenecernos y pueden

(29) A. M. MORALES MORENO (1972: 334 y ss) califica el poder como «un obstáculo opuesto a su natural tendencia a la huida». En el mismo sentido S. MUÑOZ MACHADO (1999: 50).

(30) Vid. los artículos 465 del Código civil y 2 in fine de la Ley de Caza de 1879 in fine.

(31) S. MUÑOZ MACHADO (1999: 50).

ser adquiridos por el primero que los ocupe. Júzgase que han recobrado su libertad natural desde el punto en que los perdemos de vista, ó si, aunque los veamos, se han colocado de manera que sea difícil perseguirlos» (32).

Esta expresión que puede resultar tautológica tiene su sentido, tal como se explica MUCIUS SCAEVOLA: «Mientras el hombre conserva al animal bajo su poder, tiene un dominio perfecto que se muestra al exterior por una posesión también perfecta. El propietario del animal fiero puede hacer de él lo mismo que de cualquier cosa mueble, venderlo, donarlo, reivindicarlo si le usurpan la propiedad del mismo, etc. Cuando el animal sale del poder y vuelve a vagar libremente, será sí susceptible de apropiación, pero sólo mediante la ocupación. De aquí que destruida la primitiva relación de propiedad, queda también extinguida la de la posesión. No puede ser, por tanto, ni más racional ni científico el principio que se consigna con estas palabras: “Los animales fieros sólo se poseen mientras se hallen en nuestro poder”. La cuestión magna del artículo que examinamos consiste en la interpretación exacta de este concepto, porque si se interpreta con un espíritu rigurosamente gramatical, apunta una concepción materialista, si se nos permite la frase, que no se compadece con ciertas prescripciones del Código, que toman su jugo de la doctrina posesoria y que miran á la intención más que á la aprehensión, y si se interpreta con un criterio expansivo, nos ponemos en contradicción con la letra del texto legal» (33).

Éste es uno de los pocos supuestos en los que la propiedad y la posesión están tan ligadas e interrelacionadas que la pérdida de esta última supone la aniquilación o desaparición de la otra. Cuando adquirimos ordinariamente la propiedad de los mismos, ganamos su posesión, y a la inversa, cuando perdemos su posesión por recobrar el animal su libertad primitiva, perderemos también la propiedad (34).

3. Animales domesticados

Siguiendo con la clasificación, los animales domesticados son equiparados a los amansados, y son definidos como los que, «siendo por su naturaleza

(32) «Itaque si feram bestiam, aut volucrem, aut piscem*****cap-
tum***** *****euserit esse intellegitur, donec nostra custodia
coerceatur cum uero custodiam nostram euaserit et in naturalem libertatem se receperit, rursus
occupantis fit, quia nostrum esse desinit . naturalem autem libertatem recipere uidetur, cum
aut oculos nostros euaserit, aut licet in conspectu sit nostro, difficilis tamen sit rei persecutio»,
GALLO (1845: 99).

(33) Q. MUCIUS SCAEVOLA (1983: 615).

(34) Sobre este aspecto resultan muy interesantes las reflexiones de Q. MUCIUS SCAEVOLA (1983: 613).

fieros o salvajes, se ocupan, reducen y acostumbran por el hombre» (35) (art. 3 Ley de Caza de 1879).

El artículo 3 del Reglamento de la Ley de Caza de 1902 concretó los animales que podían catalogarse como domesticados, incluyendo todos aquellos comprendidos en el elenco del artículo 2 del mismo Reglamento al ser privados de libertad.

Estos animales, los domesticados o amansados, serían los que por el esfuerzo del hombre, han cambiado su condición natural indómita (36) como consecuencia de la domesticación, debiendo ser entendida ésta como la acción de reducir, acostumbrar a la vista y compañía del hombre al animal fiero o salvaje (37).

Por tanto, como señala SÁNCHEZ GASCÓN (38), para poder catalogar a un animal como amansado o domesticado deben cumplirse los siguientes requisitos: a) que el animal hubiera sido previamente fiero o salvaje; b) que el hombre lo haya capturado y reducido a su voluntad; c) que el animal se haya acostumbrado a convivir con el hombre, en el sentido de que su presencia no le haga huir, o lo que HEDEMANN (39) llama «sometimiento a una coacción psíquica y no meramente física», pues si no fuese así estaríamos en presencia de un animal fiero o salvaje en cautividad (40). Este argumento ha encontrado respaldo positivo en el artículo 2.3 de la Ley País Vasco 6/1993, cuando se define a los animales salvajes en cautividad como aquellos que, «habiendo nacido silvestres y libres, son sometidos a condiciones de cautiverio, pero no

(35) Actualmente, esta conceptualización de los animales domesticados es acogida por distintas normas autonómicas, por ejemplo el artículo 2.2 Ley País Vasco 6/1993 definiéndolos como: «(...) aquellos que, habiendo nacido silvestres y libres, son acostumbrados a la vista y compañía del hombre, dependiendo definitivamente de éste para su subsistencia», el artículo 59 del Decreto Baleares 56/1994 entiende que son animales domesticados, «los de especies cuya vida transcurre en libertad y que al haber sido capturados, se integran en el ámbito humano; también están comprendidos en esta definición sus descendientes nacidos en cautividad» o el artículo 3.1.b) Ley Asturias 13/2002 define a los animales salvajes domesticados como aquellos que : «...habiendo nacido silvestres y libres son acostumbrados a la vista y compañía de la persona, dependiendo definitivamente de ésta para su subsistencia».

(36) *Diccionario de la Lengua Española*, Real Academia Española, ed. Espasa Calpe, 1992, p. 147.

(37) *Diccionario de la Lengua Española*, Real Academia Española, ob. cit, p. 772.

(38) A. SÁNCHEZ GASCÓN (1988: 182).

(39) J.W. HEDEMANN (1955: 217 y ss).

(40) Este argumento, con el cual nos mostramos plenamente de acuerdo, es el que inclina a A. SÁNCHEZ GASCÓN (1988: 182) a afirmar que «(...) no era correcto el contenido del artículo 3 del Reglamento de Caza de 1903, que calificaba como amansados o domesticados a los animales salvajes, privados de libertad, por no concurrir los requisitos anotados —ya expuestos en el texto principal— y por contradecir el artículo 465 del Código civil y el 3º de la Ley de Caza».

de aprendizaje para su domesticación», y en el artículo 2.2 de la Ley Galicia 1/1993 —derogada por la Ley 4/2017—, definiéndolos como: «Los que siendo libres por su condición fueron objeto de captura en su medio natural, manteniéndose en un grado absoluto y permanente de dominación» (41); *d)* que mantenga la costumbre de volver a casa del poseedor (art. 465 Cc) o *animus revertendi*, lo que presupone que han de gozar de cierta libertad de «ir y volver».

La domesticación suele tener aparejada la costumbre de volver al lugar —o como diría VISO, a los abrigos— que les tiene asignado o proporciona su propietario (más bien el poseedor). La pérdida del *animus revertendi* llevará aparejada la vuelta a su condición de salvaje y, por tanto, podrá ser ocupado (42) por otros ya que se convierten de nuevo en *res nullius* (43).

GALLO, en la *Instituta*, recoge muy claramente cuando un animal pierde la costumbre de volver:

«En cuanto á los animales que tienen la costumbre de salir y entrar, como son las palomas, las abejas, y también los ciervos que van y vienen de los bosques, la regla que nos han transmitido es que cesan de pertenecernos y pueden ser adquiridos por el primero que los ocupe, luego que han perdido la intención de volver: y se presume que la han perdido cuando ya no tienen costumbre de hacerlo» (44).

(41) En este mismo sentido el artículo 3.1.d) Ley del Principado de Asturias 13/2002, de 23 de diciembre, de Tenencia, Protección y Derechos de los Animales define a los animales salvajes en cautividad, como «Los que habiendo nacido libres por su condición sean objeto de captura en su medio natural, manteniéndose en grado absoluto y permanente de dominación», el artículo 60 del Decreto Baleares 56/1994 cuando dispone que son animales salvajes en cautividad, aquellos que «una vez capturados, no se integran en el ambiente humano, al igual que sus descendientes». En el ámbito local también encontramos la misma definición de animal salvaje en cautividad. Por ejemplo, en el artículo 3.3 de la Ordenanza reguladora de la tenencia y protección de animales en el término municipal de Bilbao. Con todo esta Ordenanza no hace más que reproducir el artículo 2.3 de la Ley 6/1993, de 29 de octubre, de Protección de los Animales del País Vasco.

(42) En este sentido los artículos cuartos de la Leyes de Caza de 1879 y de 1902: «Animales amansados o domesticados, son propios del que los ha reducido a esta condición, mientras se mantienen en ella. Cuando recobran su libertad, dejan de pertenecer al que fue su dueño y son del primero que los ocupa».

(43) S. MUÑOZ MACHADO (1999: 50). En el mismo sentido J. C. LAGUNA DE PAZ (1996: 57): «La fauna silvestre —de acuerdo con el parágrafo 960 BGB— tiene la consideración de *res nullius* (...). El animal domesticado pasa a ser *res nullius* cuando pierde la costumbre de volver».

(44) «In iis autem animalibus, quae ex consuetudine abire et redire solent, euluti columbis et apibus, item cervis, qui in siluas ire et redire solent, talem habemus regulam traditam, ut si revertendi animum habere desierint, etiam nostra esse desinant, et fiant occupantium, revertendi autem animum videntur descinare habere; cum revertendi consuetudinem deseruerint», GALLO (1845: 99). Igualmente en el Digesto: «Se entiende que han perdido la querencia de volver cuando hubieran abandonado el hábito de volver» (D. 41.1.5).

De igual manera las Partidas: «(...) man luego que ellas (las aves) porsi se, dexen la costumbre que usaron de yr, e de tornar, que pierde el señorío dellas el que lo avia, e ganado quien quier que las prenda», y en cuanto a los demás animales «ca luego que se tornan a la selva, e non usan de venir a casa, o al lugar de do su dueño las tenia pierde el señorío dellas» (Partida III, Título 28, Ley 23).

Por tanto, la diferencia esencial con los animales salvajes, fieros o no, se halla en la costumbre de permanencia del animal junto al hombre y, en caso de huida, en su tendencia al regreso, ambas fruto del proceso de domesticación más o menos profundo y de la propia naturaleza del animal y de su especie (45).

4. Animales domésticos

Los animales mansos o domésticos (46) son definidos por la Leyes de Caza de 1879 y 1902 como «los que nacen y se crían ordinariamente bajo el poder del hombre, el cual conserva siempre su dominio» (47), y aunque salgan de su poder puede reclamarlos de cualquiera que los retenga, pagando los gastos de su alimentación (art. 5 Ley de Caza de 1879).

(45) Como ha puesto de manifiesto S. MUÑOZ MACHADO (1999: 51), la cuestión jurídica más difícil de discernir en torno a los animales domesticados o amansados «se encuentra en la aplicación correcta del *consuetudo revertendi*. Habida cuenta que los animales no siempre explican bien sus deseos puede ocurrir que un animal amansado se haya escapado del lugar donde lo tiene confinado su propietario (o poseedor) pero con la intención de volver».

(46) El Diccionario de la Real Academia nos da algunas pistas para ir desgranando el misterio. En primer lugar, define animal doméstico de una doble manera como: a) el que se cría en la compañía del hombre, a diferencia del que se cría salvaje, b) el que por su condición vive en la compañía del hombre o dependencia del hombre y no es susceptible de apropiación. Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, ed. Espasa Calpe, 1992, p. 146. M. SECO (1999: 1665) define animal doméstico como aquel «que vive en compañía del hombre, bajo su cuidado o explotación». C. SANZ EGAÑA (1943: 121 y ss.) entiende que el animal doméstico será aquel que «conoce y quiere al hombre, con gusto se somete a nuestra voluntad, se reproduce en derredor del hombre y nos es útil por algún producto o servicio».

(47) Esta definición de los animales domésticos ha sido acogida por las normas autonómicas destinadas a regular la protección de los animales. En este sentido, el artículo 2.1 Ley Galicia 1/1993 los define como: «Los que se crían, reproducen y conviven con el hombre y que no son susceptibles de ocupación», y el artículo 1.3 Ley 7/1990, de 28 de diciembre, de protección de los animales domésticos de Castilla-La Mancha 7/1990 entiende «por animal doméstico aquel que por su condición vive en la compañía o dependencia del hombre y no es susceptible de ocupación». Sin embargo, otras Comunidades Autónomas, como son Canarias y el País Vasco han optado por una definición, desde nuestro punto de vista poco acertada, al referirse a ellos como aquellos animales que dependen del hombre para su subsistencia (arts. 2.1 Ley 6/1993, de 29 de octubre, de Protección de los Animales del País Vasco y 2 Ley 8/1991, de 30 de abril, de protección de los animales de Canarias). Con esta definición todos los animales, excepto los salvajes en libertad, serían domésticos.

El Reglamento de la Ley de Caza de 1902 establece en su artículo 4 que:

«Pertencen a la Sección de animales mansos o domésticos los siguientes: El caballo (*equus caballus*), el asno (*equus asinus*), el mulo, el toro (*bos taurus*), la cabra (*capra hiscus*), la oveja (*ovis aries*), el cerdo (*sus scropha*), el gato (*felix maniculata*).

Entre las aves: la gallina (*numida nicgagus*), el gallo (*gallus gallinaceus*), el pavo real (*pavo crestatus*), el pavo común (*meleagris*), el gallo pavo, la gallina de Guinea (*numida de Guinea*) y análogos».

Los animales mansos o domésticos, al igual que los domesticados o amansados, han sido sometidos a la domesticación pero con unos matices bien distintos. Como explica PRICE (48), la domesticación tiene una doble vertiente. Por un lado implica cambios genéticos que se van acumulando generación tras generación (49). Estos cambios son frutos de la selección artificial del hombre, que utiliza sus propios criterios de selección. La otra vertiente la representa el estrecho contacto con el hombre en periodos sensibles del desarrollo afectando a todos los animales en cada generación.

Entre las características de los animales domésticos se suelen resaltar la mansedumbre o docilidad, siendo definidos como animales que no son fieros ni agresivos (50), incluso otros la definen como la falta de temor al hombre (51), lo cual es bastante más relativo.

(48) E. O. PRICE (1984: 1-32).

(49) Las modificaciones genéticas de los animales domésticos como consecuencia de la selección humana constituyen un hecho totalmente constatable. Poco tienen que ver los caballos españoles con los originarios, las gallinas ponedoras con las de engorde, el toro de lidia y el toro de abasto. Esta selección también ha caído sobre los animales destinados a la compañía. De este modo, los canarios eran originariamente verdes y ahora encontramos variedades rosas, rojos, moteados, bronce. Los conejos han sido reducidos a la mínima expresión llamándose ahora conejos enanos, sin embargo cuando estos cambios no afectan a la calidad de vida y salud de los animales pueden ser aceptados. El problema se halla cuando esa selección, por un mero gusto estético, suponen un deterioro considerable en los animales. Este es el caso de razas con características disgénicas (ej., ojos saltones, cara achatada, patas excesivamente cortas, masa ósea desproporcionada, caderas demasiado estrechas...). Este es el caso de los collies que en un 90% sufren una displasia corioretinal, de los bulldog con los problemas cardiacos y respiratorios o la displasia de cadera en pastores alemanes o doberman, las malformaciones en la columna de los gatos manx, característicos por su falta de cola. Todos estos problemas están íntimamente relacionados con lo que E. FONT BISIER y F. GUILLÉN SALAZAR han denominado «La ética de la domesticación». Vid. «El comportamiento de los perros y los gatos: la domesticación, bienestar y convivencia», en *Los animales en la sociedad: hacia un nuevo modelo de convivencia*, Fundación Purina, Barcelona 1994, p. 73. Sobre el mismo tema son interesantes los artículos de B.E. ROLLIN (1993:553-542) y de L. D. VAN VLECK (1980: 331-351).

(50) M. SECO (1999: 2952).

(51) E. FONT BISIER, y F. GUILLÉN SALAZAR, (1994: 71).

Sin embargo, FONT BISIER Y GUILLÉN-SALAZAR hacen constar, con indudable acierto, que domesticación no es sinónimo de mansedumbre. La mansedumbre puede inducirse en los animales salvajes sin que suponga una domesticación. Continúan exponiendo estos autores que:

«Los halcones, por ejemplo, tienen una larga historia de asociación con el hombre debido a la práctica en muchos países de la cetrería. Algunas de estas rapaces llegaban a ser bastante mansas debido al estrecho contacto con el hombre durante su manejo y entrenamiento para la caza. Sin embargo, no eran animales domésticos y es improbable que su asociación con el hombre afectase de manera significativa a la evolución de sus poblaciones salvajes. Muchas especies no domésticas son capaces de demostrar mansedumbre si crecen en contacto con seres humanos. Por el contrario, los animales domésticos que no experimentan una socialización adecuada carecen de mansedumbre, en esencia, es un rasgo adquirido como resultado de la experiencia individual y no se transmite de padres a hijos» (52).

Sin embargo, esta clasificación tripartita que utiliza como criterio delimitador el grado de libertad y la costumbre de los animales de permanecer junto al hombre, es sólo una de las muchas posibles, sin que ello menosprecie, en modo alguno, su alto grado de elaboración y sistematización, pues es posible ubicar a cualquier animal dentro de alguna de las anteriores categorías (salvajes, domesticados y domésticos). Pensamos que esta catalogación responde a la naturaleza de los animales más que a la función, utilidad o destino que puedan otorgarles o atribuirles los hombres.

IV. EL CONCEPTO DE ANIMAL DE COMPAÑÍA EN LA REGULACIÓN AUTONÓMICA VIGENTE REGULADORA DE LA PROTECCIÓN DE LOS ANIMALES

La aparición de la expresión animal de compañía en los textos legales y el inicio de una regulación específica y minuciosa de los mismos procede de las leyes autonómicas de protección de los animales que se han ido aprobando desde 1988, sin perjuicio del empleo del término por alguna Ordenanza municipal (53). De estas leyes lo primero que destaca son sus títulos que, *a priori*, nos manifiestan esa diversidad de terminologías utilizadas para regular una realidad, al menos inicialmente, idéntica.

(52) E. FONT BISIER, y F. GUILLÉN SALAZAR (1994: 71-72).

(53) El municipio de Palma de Mallorca a través de su Ordenanza sobre Inserción de Animales de Compañía en la Sociedad Urbana de 27 de julio de 1973 fue una de las primeras referencias de la utilización de esta expresión.

Las Comunidades Autónomas de Cataluña, Canarias, Cantabria, País Vasco, Navarra, La Rioja, Extremadura, Asturias Aragón y Andalucía denominan sus leyes como de protección de animales, sin hacer mención, en sus títulos, a qué tipo de animal se refieren. Por su parte, las Comunidades de Murcia, Valencia y Castilla y León, Madrid y Galicia aluden de forma expresa a los animales de compañía, salvando el caso de Baleares que utiliza una fórmula descriptiva: protección de animales que viven en el entorno humano y de Castilla La Mancha que alude a los animales domésticos. Sin embargo, todas estas leyes, con la excepción del País Vasco, en alguno de sus títulos, capítulos o secciones hacen referencia expresa a los animales de compañía (54).

Sin embargo, y aunque la terminología es la misma, el concepto no es unánime pudiéndose distinguir, a grandes rasgos, hasta cuatro niveles (55):

El primer nivel está constituido por aquellas Comunidades Autónomas que parten de la premisa, en algunos supuestos expresamente, como es el caso de Baleares, Galicia (56), Canarias, Asturias y otras por inducción, Cantabria, Castilla-La Mancha y La Rioja, de que todos los animales de compañía deben ser domésticos, siendo éste un requisito *sine qua non* (57). Por tanto, quedarían

(54) En este grupo también se encontraba la Comunidad Gallega – Ley 1/1993, de 13 de abril, de protección de animales domésticos y salvajes en cautividad—, sin embargo en su Ley de segunda generación se ha cambiado de criterio y hasta en el título se hace referencia a los animales de compañía – Ley 4/2017, de 3 de octubre, de protección y bienestar de los animales de compañía en Galicia—.

(55) El análisis, por parte de juristas, de los textos legales en busca de un concepto de animal de compañía ha sido escasísimo. Vid. J. C. MARESCA CABOT (1994: 159).

(56) En el caso de la Ley 4/2017, de 3 de octubre, de protección y bienestar de los animales de compañía en Galicia, por una parte, distingue entre animal de compañía que lo define como: los animales de cualquier especie, de los incluidos en el ámbito de aplicación de esta ley, que tenga en su poder el ser humano, siempre que su tenencia no suponga como destino su consumo o el aprovechamiento de sus producciones, o no se lleve a cabo, en general, con fines comerciales o lucrativos. En todo caso, dentro de esta definición se incluye, en su totalidad, a los perros, gatos y hurones, así como a los animales de las colecciones zoológicas de los parques o reservas zoológicas, independientemente del fin al que sean destinados o del lugar en el que habiten, además de todos aquellos ejemplares de animales silvestres mantenidos en cautividad con fines distintos de los productivos». Pero, sin embargo, acto seguido define a los animales de domésticos como «Animales domésticos: aquellos animales de compañía pertenecientes a especies que críe y posea tradicional y habitualmente el ser humano, con el fin de vivir en domesticidad en el entorno del hogar, así como los de acompañamiento, conducción y ayuda de personas con discapacidad reconocida», para finalizar definiendo los «Animales silvestres mantenidos en cautividad: aquellos animales de compañía distintos de los animales domésticos». Clasificación que complica notablemente la definición del concepto de animal de compañía.

(57) Así los artículos 12 de la Ley 1/1992, de 8 de abril, de protección de los animales que viven en el entorno humano, en el ámbito de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares: «A los efectos de esta Ley, se considerarán animales de compañía los domésticos que conviven con el hombre, sin que éste persiga, por ello, fin de lucro»; 3 Decreto Galicia

configurados como una subespecie de animal doméstico tal como expresa el artículo 3 del Decreto Galicia 153/1998, sin discriminar *a priori* ninguna especie siempre que sea doméstica.

El segundo grupo está representado por aquellas normativas que han considerado que tanto los animales domésticos como los domesticados —no olvidemos que estos últimos son aquellos que habiendo nacido salvajes se acostumbran al hombre y tienen la costumbre de volver— pueden ser potencialmente animales de compañía. Con esta opción, seguida por Castilla y León, se amplía el círculo de los animales que pueden ser incluidos en esta categoría. Sin embargo, no basta con ser doméstico o domesticado sino que deben reunir, además, unos caracteres que los individualizarán como animales de compañía:

«Son animales de compañía los animales domésticos o domesticados, a excepción de los de renta y de los criados para el aprovechamiento de sus producciones, siempre y cuando a lo largo de su vida se les destine única y exclusivamente a este fin» (art. 2 Ley Castilla León 5/1997).

Con esta última definición sólo queda patente que se les debe destinar única y exclusivamente a ser animales de compañía. Quedando excluidos los de renta y los de abasto, sin embargo, ¿cuáles son sus caracteres? A esta pregunta da respuesta el Reglamento —Decreto 134/1999, de 24 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 5/1997, de 24 de abril, de Protección de los animales de compañía de Castilla y León— en su artículo 2:

153/1998 son animales de compañía «los animales domésticos de las especies canina y felina, así como los de otras especies que se críen, generalmente en el propio hogar, con objeto de obtener su compañía (subespecie de animal doméstico)»; 2 Ley 8/1991, de 30 de abril, de protección de los animales de Canarias: «Son animales de compañía todos aquellos domésticos que, mantenidos igualmente por el hombre, los alberga principalmente en su hogar, sin intención lucrativa alguna»; 3.1.b) Ley Asturias 13/2002: «Los animales domésticos que se mantienen generalmente en el propio hogar, con el objeto de obtener su compañía. Los perros y los gatos, sea cual fuere su finalidad, se consideran a los efectos de esta Ley animales de compañía»; 5 Ley 7/1990, de 28 de diciembre, de protección de los animales domésticos de Castilla-La Mancha: «A los efectos de la presente Ley, se consideran animales de compañía los perros, gatos y demás animales que se críen y reproduzcan con la finalidad de vivir con las personas, generalmente en su hogar, siendo mantenidos por éstas para su compañía»; 8 Ley Cantabria 3/1992: «Son animales de compañía los que se crían y se reproducen con la finalidad de vivir con el hombre con fines educativos, lúdicos o sociales»; 8 Ley 5/1995, de 22 de marzo, de Protección de los Animales de La Rioja: «Se consideran animales de compañía, a los efectos de esta Ley, los que se crían y se reproducen con la finalidad de vivir con las personas con fines educativos, lúdicos o sociales, sin intención de lucro por parte de aquéllas», y, por último, el artículo 10 Ley 11/2003, de 19 de marzo, de protección animal en la Comunidad Autónoma de Aragón: «A los efectos previstos en esta Ley se consideran animales de compañía los que se crían y reproducen con la finalidad de vivir con las personas con fines educativos, lúdicos o sociales, sin ánimo de lucro».

«Animales de compañía, aquellos domésticos o domesticados, cuyo destino sea ser criados y mantenidos por el hombre, principalmente en su hogar y con fines no lucrativos».

Como vemos la diferencia con la categoría anterior es la consideración de los animales domésticos como potenciales animales de compañía ya que el resto de los requisitos o elementos definidores se repiten: el desarrollo de su vida en el hogar, la ausencia de ánimo de lucro, etc.

En este grupo también podría integrarse con algunos matices el Decreto Legislativo 2/2008, de 15 de abril, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de protección de los animales en Cataluña. Esta conclusión se extrae de la visión conjunta de los apartados *b)* y *e)* del artículo tercero. Así el artículo 3.*b)* define animal de compañía como «*animal doméstico* que las personas mantienen generalmente en el hogar con la finalidad de obtener la compañía del mismo. A los efectos de la presente Ley, disfrutan siempre de esta consideración los perros y los gatos», y el mismo precepto en su apartado *e)* contempla el concepto de animal de compañía exótico, definiéndolo como «el animal de la *fauna no autóctona* que de forma individual depende de los humanos, convive con ellos y ha asumido la costumbre del cautiverio». De esta forma esta Ley restringe los animales de compañía a los domésticos de forma expresa —entendidos éstos como los que pertenecen a especies que habitualmente se crían, se reproducen y conviven con personas y no pertenecen a la fauna salvaje [art. 3.*a)* Decreto Legislativo 2/2008, de 15 de abril, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de protección de los animales en Cataluña]— y los domesticados de una forma implícita, al contemplar la posibilidad de que animales salvajes que dependan y convivan con el hombre y hayan asumido la costumbre del cautiverio —en términos de la Ley de Caza de 1879 los que por su naturaleza salvaje, se ocupan, reducen y acostumbran por el hombre— sean considerados como de compañía. Sin embargo, el Decreto Legislativo 2/2008, de 15 de abril, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de protección de los animales en Cataluña es más restrictiva que la Ley Castilla y León, por cuanto limita los animales domesticados que pueden alcanzar la condición de animal de compañía ya que sólo podrán serlo los pertenecientes a la fauna no autóctona (58).

(58) Ley Cataluña 3/1988, derogada en la mayor parte de su articulado por la Ley Cataluña 22/2003, era mucho más estricta en cuanto al concepto de animal de compañía, ya que utilizaba como único criterio delimitador la pertenencia a una especie concreta. Según el artículo 6 de la Ley Cataluña 3/1988: «Son animales de compañía los que se crían y se reproducen con la finalidad de vivir con el hombre y se señalan en el Anexo I». El anexo I hacía únicamente mención a los perros y gatos en todas sus subespecies y variedades. De esta manera, una definición inicialmente amplia quedó altamente restringida. En el segundo párrafo del artículo 6 enumeraba los animales excluidos: «Quedan excluidos de esta denominación los

La última opción, establecida en las Comunidades de Madrid, Murcia (59), Navarra y Extremadura, es aquella que deja al margen toda consideración hacia el tipo de animal (60). Es irrelevante que sean domésticos, domestica-

animales salvajes, las especies protegidas de la fauna autóctona y los animales que se crían para la producción de carne, de piel o de algún otro producto útil para el hombre. Quedan asimismo excluidos los animales de carga y los que trabajan en la agricultura». Sin embargo, en el periodo que estuvo vigente la Ley Cataluña 3/1988 nos asaltaban tres dudas al hilo de este artículo. La primera radicaba en que si únicamente podían ser animales de compañía los perros y los gatos, ¿qué necesidad había de llevar a cabo las exclusiones si se infiere del artículo 6 en conjunción con el anexo I? La segunda se encontraba en el artículo octavo de la Ley: «Los poseedores de animales domésticos de compañía, que lo son por cualquier título, los censarán...» ¿Para qué especificar animales domésticos de compañía? La única explicación es la que nos conduce hacia la existencia de otros animales domésticos de compañía al margen del perro y del gato. La tercera y última, ¿en qué grupo debíamos incluir los animales criados y reproducidos con la finalidad de vivir con el hombre que no pertenecían a ninguna de estas especies? Es decir, aves ornamentales (periquitos, canarios, diamantes de Gould, diamantes mandarín, isabelitas, canarios de java o ruiseñores del japon), roedores (cobayas, hámsters, chinchillas, ratones blancos o herbos) e incluso los peces, que no se podían entender incluidos en las excepciones o exclusiones del artículo 6 Ley Cataluña 3/1988. Una posible solución a estas encrucijadas era la apuntada por el artículo 207 de la Ordenanza General del Medio Ambiente de Barcelona: «1. D'acord amb la Llei 3/1988, de 4 de març, de protecció dels animals, i afectes d'aquesta Ordenança, només tenen la condició d'animals de companya les diferents subespecies i varietats de gozos i de gats. 2. Amb caràcter general s'autoritza la tinença d'animals de companya i altres animals domèstics en els domicilis particulars...». Ordenanza General del medio ambiente (BOP de Barcelona núm. 143, de 16 de junio de 1999). Por tanto, podía inferirse que en la Comunidad Autónoma de Cataluña únicamente tendrían la consideración de animales de compañía los perros y gatos sin que ello fuera un obstáculo para que los particulares pudieran alojar en sus domicilios animales domésticos con el fin de su compañía.

(59) En el caso de la Ley 6/2017 de 8 de noviembre, de protección y defensa de los animales de compañía de la Región de Murcia, lleva a cabo una extensión del concepto pues inicialmente los define como «los animales domésticos que las personas mantienen generalmente en el hogar con fines fundamentales de compañía, ocio, educativos o sociales, por ser pertenecientes a especies que críe y posea tradicional y habitualmente el hombre, con el fin de vivir en domesticidad en el hogar» (art. 2.1). Sin embargo, posteriormente manifiesta que «En todo caso, tendrán dicha consideración, los siguientes: a) Mamíferos: perros, gatos, hurones, roedores y conejos distintos de los destinados a la producción de alimentos. b) Invertebrados (excepto las abejas, los abejorros, los moluscos y los crustáceos). c) Animales acuáticos ornamentales. d) Anfibios. e) Reptiles. f) Aves: todas las especies de aves excepto las aves de corral. g) Cualquier otra especie animal que así se determine reglamentariamente» (art. 2.2), siguiendo el ejemplo del Anexo I, parte B, del Reglamento (UE) 576/2013, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de junio de 2013, relativo a los desplazamientos sin ánimo comercial de animales de compañía y por el que se deroga el Reglamento (CE) n° 998/2003.

(60) Artículo 8 Ley 1/1990, de 1 de febrero, de Protección de los Animales Domésticos, derogada por la Ley 4/2016, de 22 de julio, de Protección de los Animales de Compañía de la Comunidad de Madrid se disponía que «Se entiende por animal de compañía todo aquel mantenido por el hombre, principalmente en su hogar, por placer y compañía, sin que exista actividad lucrativa alguna» —la nueva norma ha ampliado el concepto (art. 4). Vid. J. C. MARESCA CABOT (1994: 159).

dos o salvajes; lo que definen a los animales de compañía será: a) que sean mantenidos por el hombre (estas normas omiten el dato de la crianza y reproducción, lo cual supondría que estaríamos hablando de animales domésticos); b) principalmente en el hogar; c) por placer y compañía; y, por último, d) sin ánimo de lucro o actividad económica ejercida sobre aquél.

La Ley 8/2003, de 24 de abril, de Sanidad Animal, contempla una definición que podría subsumirse en este último grupo, cuando dispone en su artículo 3.3. que serán «Animales de compañía: Los animales que tenga en su poder el hombre, siempre que su tenencia no tenga como destino su consumo o el aprovechamiento de sus producciones, o no se lleve a cabo, en general, con fines comerciales o lucrativos».

V. CARACTERES COMUNES A TODAS LAS CONCEPTUALIZACIONES DE ANIMAL DE COMPAÑÍA EN LAS LEYES AUTONÓMICAS DE PROTECCIÓN DE LOS ANIMALES

Pese a la opción elegida por cada Comunidad Autónoma, existe una serie de características de un profundo sentido lógico que se repiten en la mayor parte de los casos, las cuales consideramos que requieren una reflexión más pausada, y que son las siguientes:

— Son mantenidos por el hombre: Se trata de una característica básica para todo animal que ha sido criado por el hombre o que habiendo nacido libre, es privado de libertad. Todos ellos dependerán para su subsistencia, en mayor o menor grado, directa o indirectamente, del hombre. Sin embargo, este criterio no permite delimitar, por sí mismo, a los animales de compañía, constituyendo más bien un requisito *sine qua non*.

— Vivirán principal o generalmente en el hogar: Este requisito es de los más repetidos aunque no siempre con una idéntica formulación. De esta manera, las Comunidades Autónomas de Baleares y Extremadura utilizan la expresión, *que convivan con el hombre*, las Comunidades de Cantabria, La Rioja, Cataluña y Aragón prefieren emplear la fórmula de, criados y reproducidos con la *finalidad de vivir con el hombre*, y, por último, la Comunidad murciana requiere que se mantienen generalmente en el hogar (art. 2.1 Ley 6/2017, de 8 de noviembre, Ley de protección y defensa de los animales de compañía de la Región de Murcia). Estas expresiones, a pesar de sus diferencias, tienen un elemento teleológico común, la convivencia. Normalmente esta última, por su propia naturaleza, se desarrollará fundamentalmente en el hogar, entendido en un sentido amplio.

El hecho de que los animales de compañía reúnan entre sus caracteres definidores la necesidad de que desarrollen su vida en el hogar del hombre

constituye uno de los primeros criterios que permiten empezar a fijar las líneas maestras del concepto. Los animales de granja, por ejemplo, pueden «convivir» con el hombre en su hogar y no por ello son animales de compañía. Este requisito, para poder entenderlo en toda su dimensión, requiere su interrelación con la finalidad que se les atribuye a estos animales.

— Su finalidad será la de compañía, pudiendo existir otras: como el placer, la educativa, la lúdica, la deportiva o la social: La compañía, como elemento teleológico, supone, desde nuestro parecer, el criterio más importante del concepto. Sin embargo, debe ser bien entendida con el fin de evitar equívocos ¿Qué se considera compañía? ¿Quién debe hacer compañía a quién?, ¿debe darse una reciprocidad entre el hombre y el animal en la compañía?

La compañía entendida como acción de acompañar es enormemente amplia y subjetiva pudiendo integrar sin demasiados problemas todos los demás fines positivos que las distintas Comunidades Autónomas han considerado propios de los animales de compañía: el puro placer, los lúdicos, etc. La amplitud de la palabra compañía queda latente, por ejemplo, cuando observamos que no está necesariamente unida a los seres vivos. Para demostrar esta aseveración basta con acudir a las expresiones populares: «la radio me acompaña todas las mañanas», «la televisión es una buena compañera», «el ruido de los niños me acompaña cuando escribo», «la soledad es mala compañera». Por tanto, pueden hacer compañía, las máquinas, los libros o las plantas. De igual modo, tampoco refleja en todos los casos y situaciones un sentido de reciprocidad entre las partes. Difícilmente podría hablarse de que la presencia humana hace compañía a una radio, a un libro, a una planta e incluso a un pez de acuario.

Con respecto a ¿quién acompaña a quién?, no cabe duda que, al menos inicialmente, la compañía parte del animal hacia nosotros y no al revés. Ello no quiere decir que con determinadas especies y animales específicos se pueda dar una relación de reciprocidad. Esta particularidad ha llevado a algunos a considerar que exclusivamente pueden ser animales de compañía aquellos con los que se puede entablar una reciprocidad de afectos y todos los demás deberían integrarse en la categoría de mascota. Esta es una propuesta que no comparto pues sería crear una subespecie de animal de compañía en virtud la posibilidad de aquellos de generar «sentimientos propios» de vinculación con el propietario o con las personas con las que convive. Ello no significa por el contrario que en estos tipos de animales haya que preservar y tutelar esos sentimientos recíprocos. De hecho, esta es la línea que ahora parece informar la Proposición 122/000134 de Ley de modificación del Código Civil, la Ley Hipotecaria y la Ley de Enjuiciamiento Civil, sobre el régimen jurídico de los animales (61).

(61) En este sentido J. M^o. PÉREZ MONGUIÓ (2006b: 56-60).

Junto con la compañía como función a desarrollar por estos animales y que justifica su tenencia, algunas Comunidades Autónomas, como son Aragón, Cantabria, La Rioja, Madrid, Galicia y Murcia, incluyen entre las funciones las lúdicas, las educativas o las sociales (62). Esta concepción amplia de los animales de compañía en virtud de su función, nos parece que desvirtúa el concepto real (63). Esta fórmula equivale a convertir el concepto de animal de compañía en un cajón de sastre. En consecuencia, no comparto la idea por la que un animal destinado a desempeños sociales o educativos sea considerado de compañía, siempre y cuando esa sea su finalidad exclusiva o principal. En este sentido se inclinan las distintas leyes que han regulado los perros guía que han optado por establecer un régimen jurídico distinto para este tipo de animales, que se encuentra configurado en virtud de los variados cometidos que les impone la función social que desarrollan (64). En

(62) Vid. arts. 10 Ley 11/2003, de 19 de marzo, de protección animal en la Comunidad Autónoma de Aragón; 8 Ley 3/1992, de 18 de marzo, de protección de animales de Cantabria; 8 Ley 5/1995, de 22 de marzo, de protección de los Animales en La Rioja; 4.1 Ley 4/2016, de 22 de julio, de protección de los animales de compañía en la Comunidad de Madrid; 2.1 Ley 6/2017, de 8 de noviembre, Ley de protección y defensa de los animales de compañía de la Región de Murcia.

(63) En este sentido, la Ley 4/2016, de 22 de julio, de Protección de los Animales de Compañía de la Comunidad de Madrid también incluye como animal de compañía a los équidos utilizados con fines de ocio o deportivo, siempre que su tenencia no tenga como destino su consumo o el aprovechamiento de sus producciones, o no se lleve a cabo, en general, con fines comerciales o lucrativos (art. 4.1). Hecho que me parece una confusión pues los équidos deberían ser considerados animales de compañía cuando desempeñen esa función y no en otros supuestos, sin perjuicio de que se pueda realizar una remisión en algunas cuestiones cuando desarrollen otras funciones al régimen de los animales de compañía.

(64) Ley 5/1998, de 23 de noviembre, relativa al uso en Andalucía de perros guía por personas con disfunciones visuales en Andalucía; Ley 1/2014, de 21 de febrero, de perros de asistencia de Islas Baleares; Ley 3/2017, de 26 de abril, de perros de asistencia para personas con discapacidad en la Comunidad Autónoma de Canarias; Ley 6/2017, de 5 de julio, de acceso al entorno de personas con discapacidad que precisan el acompañamiento de perros de asistencia de Cantabria; Ley 19/2009, de 26 de noviembre, del acceso al entorno de las personas acompañadas de perros de asistencia de Cataluña; Ley 11/2014, de 9 de diciembre, de accesibilidad universal de Extremadura; Ley 10/2003, de 26 de diciembre, sobre el acceso al entorno de las personas con discapacidad acompañadas de perros de asistencia de Galicia; Ley 2/2015, de 10 de marzo, de Acceso al Entorno de Personas con Discapacidad que Precisan el Acompañamiento de Perros de Asistencia; Ley 4/2015, de 3 de marzo, de perros de asistencia para personas con discapacidad de Comunidad de Murcia; Ley Foral 3/2015, de 2 de febrero, reguladora de la libertad de acceso al entorno, de deambulación y permanencia en espacios abiertos y otros delimitados, de personas con discapacidad acompañadas de perros de asistencia de Comunidad Navarra; Ley 10/2007, de 29 de junio, sobre Perros de Asistencia para la Atención a Personas con Discapacidad del País Vasco; Ley 12/2003, de 10 de abril, de la Generalitat, sobre Perros de Asistencia para Personas con Discapacidades de la Comunidad Valenciana;

este sentido, lo razonable sería como estoy proponiendo que los animales se clasifiquen por su función y no por otros argumentos. Así, los perros o animales dedicados a cuestiones sociales serán perros de asistencia a los que se les aplicará su régimen que vendrá determinado por su función, aunque ello no impida que en algunas cuestiones se les pueda aplicar el régimen previsto para los animales de compañía. Éste es el caso de la identificación de los perros que siempre será igual con independencia de su función o condición, pero por ejemplo los perros que acompañan a los invidentes y en general los animales de asistencia tienen un régimen sanitario más estricto que el de los animales de compañía. Por tanto, considerar animales de compañía aquellos que no desarrollen esa función supone una deformación del concepto que provoca distorsiones.

— La inexistencia de ánimo lucro o actividad económica ejercida sobre los animales: Este elemento es recogido por las Comunidades de Andalucía, Aragón, Baleares, Canarias, Castilla y León (65), Extremadura, Madrid, Galicia, Murcia, Navarra, Valencia y La Rioja, y mientras que Asturias, Cantabria, Castilla-La Mancha y Cataluña no lo citan en sus respectivos conceptos de animal de compañía insertos en sus leyes. Ciertamente, la inexistencia de ánimo de lucro es habitual en los propietarios de animales de compañía, sin que ello suponga un obstáculo para que existan momentos en la vida del animal en que pueda ejercerse alguna actividad económica sobre aquél, como son los derivados de los frutos. Por ejemplo, ¿qué propietario de animales de raza destinados esencialmente a la compañía no ha pensado en los beneficios que le reportará la próxima camada? En estos casos el ánimo de lucro es evidente pero, ¿por ello dejan estos animales de ser de compañía? La respuesta evidentemente, desde mi punto de vista, es que no.

Este requisito debe ser tomado con cautela, y no ser interpretado en un sentido estricto. Es decir, el ánimo de lucro no debe ser el fin principal que origine la tenencia de ese animal, sin que su aparición o existencia determine necesariamente la pérdida de su condición de animal de compañía.

Ley 1/2000, de 31 de mayo, de Perros Guía Acompañantes de Personas con Deficiencia Visual de La Rioja. La Ley 4/2017, de 3 de octubre, de protección y bienestar de los animales de compañía en Galicia emplea otra técnica normativa e incluye a los animales de acompañamiento, conducción y ayuda de personas con discapacidad reconocida dentro del grupo de los animales domésticos que a su vez son definidos como aquellos animales de compañía... (art. 4.2).

(65) La incorporación del requisito de la ausencia de ánimo de lucro fue introducido por el artículo 2.1 del Decreto Castilla y León 134/1999, ya que la Ley Castilla y León 5/1997 no hacía referencia a este dato.

— La especial consideración hacia perros y gatos (66) — en el caso de Cataluña también se incluye el hurón (67)—: El último punto importante es la

(66) La Ley 4/2016, de 22 de julio, de Protección de los Animales de Compañía de la Comunidad de Madrid también incluye como animal de compañía a los équidos utilizados con fines de ocio o deportivo, siempre que su tenencia no tenga como destino su consumo o el aprovechamiento de sus producciones, o no se lleve a cabo, en general, con fines comerciales o lucrativos (art. 4.1).

(67) Vid. artículo 3.b) Decreto Legislativo 2/2008, de 15 de abril, texto Refundido de Ley de Protección de Animales de Cataluña 2008: « Animal de compañía: animal doméstico que las personas mantienen generalmente en el hogar para obtener compañía. A los efectos de esta Ley, disfrutan siempre de esta consideración los perros, los gatos y los hurones». El argumento de la inclusión de los hurones en la categoría de los animales de compañía, pese a que su número es relativamente pequeño y su incorporación reciente, se debe al hecho de que el Reglamento (CE) n° 998/2003 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de mayo de 2003, por el que se aprueban las normas zoonosológicas aplicables a los desplazamientos de animales de compañía sin ánimo comercial, y se modifica la Directiva 92/65/CEE del Consejo, incluía al hurón junto con los perros y gatos en el su ámbito de aplicación. El motivo era y es el control de la rabia como posibles vectores que pueden ser estos animales. Ténganse presente que este Reglamento fue derogado por el Reglamento (UE) 576/2013, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de junio de 2013, relativo a los desplazamientos sin ánimo comercial de animales de compañía y por el que se deroga el Reglamento (CE) n° 998/2003 y este último estará vigente hasta el 21 de abril de 2021, momento en el que entrará en vigor el Reglamento (UE) 2016/429, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016 relativo a las enfermedades transmisibles de los animales y por el que se modifican o derogan algunos actos en materia de sanidad animal. Con todo es cierto, que junto con que con el perro, el gato y el hurón, contemplado en el Anexo I del Reglamento (UE 576/2003), parte A, también existe una parte B, que incluyen: «Invertebrados [excepto abejas y abejorros contemplados por el artículo 8 de la Directiva 92/65/CEE y moluscos y crustáceos a que se refieren el artículo 3, apartado 1, letra e), en sus incisos ii) y iii)], respectivamente, de la Directiva 2006/88/CE]. Animales acuáticos ornamentales definidos en el artículo 3, letra k), de la Directiva 2006/88/CE y excluidos del ámbito de aplicación de dicha Directiva por su artículo 2, apartado 1, letra a). Anfibios; Reptiles; Aves: especímenes de especies aviarias distintas de las mencionadas en el artículo 2 de la Directiva 2009/158/CE; Mamíferos: roedores y conejos distintos de los destinados a la producción alimentaria y definidos como «lagomorfos» en el anexo I del Reglamento (CE) no 853/2004». En este sentido, las Comunidades Autónomas han regulado el modelo de pasaporte europeo para el desplazamiento de animales de compañía, fruto de esta normativa, como por ejemplo: Orden de la Consejería y Pesca de 27 de septiembre de 2004, por la que se adopta el pasaporte establecido en la Decisión de la Comisión Europea, de 26 de noviembre de 2003, como modelo único de tarjeta sanitaria para perros, gatos y hurones en el ámbito territorial de las Islas Baleares; Orden GAN 2/2006, de 16 de enero, por la que se regula la Identificación y el Registro de Animales de Compañía Identificados de Cantabria y se establece el pasaporte como documento sanitario; Resolución ARP/2771/2004, de 29 de septiembre, de reconocimiento de los veterinarios clínicos colegiados como veterinarios autorizados para expedir el pasaporte para el desplazamiento, sin ánimo comercial, de perros, gatos y hurones entre los Estados miembros de la Unión Europea; Decreto 245/2009, de 27 de noviembre de 2011. Sanidad animal. Regula identificación, registro y pasaporte de determinados animales de compañía en la Comunidad Autónoma de Extremadura; Decreto 94/2008, de 30 de abril, por el que se establece el pasaporte y cartilla sanitaria para los perros, gatos y hurones en

especial consideración hacia el perro y el gato que ha llevado a algunas leyes autonómicas, como por ejemplo Cataluña, Asturias, Madrid a catalogarlos, independientemente de sus funciones, del ánimo de lucro o de la convivencia con el hombre en el hogar como de compañía (68).

Esta opción constituye un error. El perro y el gato no difieren en nada de otros animales domésticos. El supuesto en el que estoy pensando es el de un criador de estas especies que los tiene metidos en jaulas, destinándolos a la cría, sin mantener más contacto con los animales que los propios derivados de la alimentación y de la higiene ¿Qué diferencia existe entre estos animales y cualquier otra especie objeto de explotación? En este caso existe ánimo de lucro, no viven en el hogar, no realizan la función de compañía...

De igual modo, la Ley 50/1999, de 23 de diciembre, de Régimen Jurídico de los Animales Potencialmente Peligrosos, al hacer referencia a las obligaciones de propietarios, criadores y tenedores, señala en el artículo sexto que en registro municipal se deberá «especificar si los perros están destinados a convivir con los seres humanos o si por el contrario tienen finalidades distintas como la guarda, protección u otra que se le indique», quedando de manifiesto que los perros no siempre y necesariamente deben vivir con las personas ni ser animales de compañía.

Otro ejemplo de esta falta de coherencia e incluso hipocresía antropocéntrica es el asunto relativo a la prohibición de la comercialización y la importación y exportación de pieles de perro y de gato y de productos que las contengan. Productos que se empleaban en la Unión Europea y en todo el mundo para la confección de muñecos para niños y de prendas para los seres humanos e incluso mordedores para perros por ser una materia prima más barata que la derivadas de otros animales o de la propia piel sintética.

Estas pieles se vendían en Europa como piel artificial, cuando realmente no lo eran, y con ellas se confeccionaban todo tipo de productos: forro de botas, muñecos y figuras, prendas de vestir o esos productos ya venían o vienen confeccionados desde el exterior, como por ejemplo los groupee (tigres de tamaño real hechos con pieles de perro que se venden en hoteles y museos europeos por un precio medio de 5000 dólares).

la Comunidad Autónoma de Galicia; Orden de 27 de septiembre de 2004, por la que se aprueba el pasaporte para los desplazamientos intracomunitarios de perros, gatos y hurones y se adapta al modelo comunitario en el País Vasco; Decreto 49/2005, de 4 de marzo, del Consell de la Generalitat, por el que se regula el pasaporte para perros, gatos y hurones en la Comunidad Valenciana.

(68) Vid. arts. 3.1.b) Ley del Principado de Asturias 13/2002, de 23 de diciembre, de Tenencia, Protección y Derechos de los Animales; 3.b) Decreto Legislativo 2/2008, de 15 de abril, texto Refundido de Ley de Protección de Animales de Cataluña 2008; 4.1 Ley 4/2016, de 22 de julio, de Protección de los Animales de Compañía de la Comunidad de Madrid.

Sin embargo, en el año dos mil dos, la realidad era que en todos los países de la Unión Europea el uso comercial de las pieles de perros y gatos no estaba prohibida y, por tanto, la Comisión Europea no tenía ningún propósito de prohibir la importaciones de estas pieles, llegando a afirmar que una «prohibición en este sentido podría resultar discutible por considerarse discriminatoria y obstaculizadora del principio del tratamiento a nivel nacional» (69).

El primer paso normativo para cambiar esta realidad lo dio Estados Unidos cuando en el año dos mil se aprueba la «*Dog and Cat Fur Act*» que prohíbe la importación, exportación, manufactura y venta de productos elaborados con piel de gato o de perro, y posteriormente distintos países de la Unión Europea procedieron a incorporar a sus ordenamientos jurídicos prohibiciones en este sentido, llegando a ser quince en el año 2006, entre los que no estaba España (70).

Sin embargo, esta medida no se consideró suficiente, y el 18 de diciembre de 2003 el Parlamento Europeo adoptó una declaración en la que expresa su preocupación ante el comercio de tales pieles y productos en la que se pusiese fin al mismo para restablecer la confianza de los consumidores y comerciantes. Igualmente, el Consejo de Agricultura y Pesca, en sus reuniones de 17 de noviembre de 2003 y 30 de mayo de 2005, destacó la necesidad de adoptar a la mayor brevedad normas sobre el comercio de pieles de perro y de gato y de productos que las contengan. Finalmente la Unión Europea aprueba el Reglamento (CE) núm. 1523/2007, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2007, por el que se prohíbe la comercialización y la

(69) La cuestión de las pieles de perros y gatos llegó hasta las instituciones europeas a través de una pregunta al Parlamento. El 26 de abril del 2002, Philip Whitehead instaba a la Comisión a posicionarse sobre la posibilidad de prohibir la importación, exportación y comercio de estos productos 8 Pregunta escrita E-1203/02, de 26 de abril (DO núm. 301 E de 05/12/2002, p. 0104-0105). En junio de ese mismo año se formuló una pregunta en los mismo términos que la anterior y la respuesta de la Comisión fue muy similar. Vid. también la pregunta escrita P-1748/02, de 11 de junio, de Torben Lund (PSE), (DO núm. C 092 E de 17/04/2003, p. 0089). La respuesta que fue negativa se sustentaba en la convicción de que la motivación para tomar este tipo de medidas era «una cuestión ética con relación a si se deben usar o no productos derivados de animales que son considerados principalmente animales de compañía». En consecuencia una restricción al comercio de los productos de estos animales «sólo está justificada cuando se vulnera la moralidad pública», y esto es una cuestión que deben resolver los distintos Estados miembros.

(70) Como por ejemplo Italia que tipificó, en el 2004, como delito en el artículo 623 —septies— del Código penal, bajo la rúbrica *Divieto di utilizzo a fini commerciali di pelli e pellicce*, la prohibición de «utilizzare cani (Canis familiaris) e gatti (Felis catus) per la produzione o il confezionamento di pelli, pellicce, capi di abbigliamento e articoli di pelletteria costituiti od ottenuti, in tutto o in parte, dalle pelli o dalle pellicce dei medesimi, nonché commercializzare o introdurre le stesse nel territorio nazionale».

importación a la Comunidad, o exportación desde ésta, de pieles de perro y de gato y de productos que las contengan.

Entre los argumentos que justificaron la aprobación del Reglamento a la luz de los considerandos se encontraba que «A los ojos de los ciudadanos de la UE, los perros y los gatos son animales de compañía y, en consecuencia, no es aceptable el uso de sus pieles ni de los productos que las contienen».

Resulta muy interesante que se considerase por la Unión Europea que no es aceptable el empleo de las pieles de perros y gatos por ser animales de compañía cuando la compañía es sólo una función que asignamos a determinados animales en virtud de convencionalismos y/o modas sociales. Los perros y los gatos pueden ser animales de compañía como pueden ser animales de producción en la medida que se les dedique a la cría o incluso animales de trabajo, en el caso de los perros de tiro o los perros de caza. Pero es más, si el criterio de la compañía es el determinante, existen otros muchos animales dedicados también a la compañía que no están excluidos en el reglamento europeo y que, por tanto, deberían serlo, salvo que consideremos que existen animales de compañía por naturaleza, argumento difícil de mantener, como el perro y el gato con un nivel máximo de protección y los restantes, pese a ser o poder ser dedicados a la compañía, tendrían un nivel de protección menor y se podrían sacrificar para extraer su piel. Con todo este argumento cae por su propio peso pues conviene recordar que los perros y los gatos son animales que pueden ser empleados en el campo de la experimentación animal, salvo que sean salvajes o abandonados por no ser admitidos como valores fiables para la experimentación (71).

Por tanto, no parece comprensible que por una parte se prohíba la comercialización y la importación a la Comunidad, o exportación desde ésta, de pieles de perro y de gato y de productos que las contengan por ser considerados animales de compañía y no resulta aceptable y, por otra parte, se permita la experimentación con ellos salvo que de nuevo consideremos que existe un

(71) Vid. el anexo I del Real Decreto 53/2013, de 1 de febrero, por el que se establecen las normas básicas aplicables para la protección de los animales utilizados en experimentación y otros fines científicos, en el que incluyen, entre otros, el perro y el gato. El artículo 19 del Real Decreto 53/2013, de 1 de febrero, por el que se establecen las normas básicas aplicables para la protección de los animales utilizados en experimentación y otros fines científicos, incluyendo la docencia. Así el artículo 9 establece que los animales pertenecientes a las especies enumeradas en el anexo I sólo podrán utilizarse en procedimientos cuando hayan sido criados a tal fin, incluyéndose en el citado anexo: 1. Ratón (*Mus musculus*). 2. Rata (*Rattus norvegicus*). 3. Cobaya (*Cavia porcellus*). 4. Hámster sirio (dorado) (*Mesocricetus auratus*). 5. Hámster enano chino (*Cricetulus riseus*). 6. Jerbo de Mongolia (*Meriones unguiculatus*). 7. Conejo (*Oryctolagus cuniculus*). 8. Perro (*Canis familiaris*). 9. Gato (*Felis catus*). 10. Todas las especies de primates no humanos. 11. Rana [*Xenopus (laevis, tropicalis)*, Rana (temporaria, pipiens)]. 12. Pez cebra (*Danio rerio*). Vid. art. 13 de la misma norma.

interés superior en la investigación que justifica el empleo de los mismos para aquellos fines.

La problemática se deriva de una cuestión de naturaleza cultural que nos lleva a considerar a los perros y a los gatos como animales muy cercanos a nosotros, como miembros de la familia y, por tanto, sacrificarlos por la piel parece que no es justificable. Esta argumentación cae por su propio peso pues en Europa la peletería tiene un mercado significativo y en la propia Europa se sacrifican muchos animales para este fin. No alcanza a comprender la diferencia entre un conejo, un visón, un zorro, una chinchilla y un perro o un gato cuando han sido criados para la obtención de su piel. Resulta una incoherencia alarmarse porque un muñeco está hecho con piel de gato y después ponerse un abrigo de visón. Por tanto, este argumento no resulta muy consistente desde un punto de vista racional y lógico pues más que puedan existir motivaciones emocionales que hagan a los ciudadanos europeos especialmente sensibles al destino de perros y gatos (72).

VI. RECAPITULACIÓN Y CONCLUSIONES

Los animales han desarrollado la función de compañía desde tiempos remotos. Las especies escogidas y razas han sido muy distintas y han dependido de elementos tan aleatorios como el momento histórico, la cultura y la geografía. Animales que en determinadas zonas o lugares geográficos eran

(72) Junto con los argumentos anteriores también se esgrimían otros dos. El segundo argumento se centra en la voluntad de la Unión Europea de restaurar la confianza de los consumidores que pueden verse involucrados, sin saberlo, en un negocio que pueden considerar inaceptable. Este problema o esta situación se podría solventar con un simple etiquetado de las prendas u objetos confeccionados con estos productos que permitiese al consumidor la realización de compras de acuerdo con sus principios y convicciones. Sin embargo, el reglamento se muestra en contra de esta posibilidad en virtud de argumentos un tanto peregrinos cuando afirma que «supondría una carga desproporcionada para la industria de las prendas de vestir, incluidos los operadores especializados en pieles de imitación, y también resultaría desmedidamente costoso en los casos en que las pieles sean solo un pequeño componente del producto». El tercer argumento que se esgrime es la necesidad de armonizar para eliminar la actual fragmentación del mercado interior debido a que numerosos países europeos han puesto límites, de una forma u otra, al empleo de pieles de perros y gatos. Y para ello considera que «el instrumento más eficaz y adecuado para combatir los obstáculos al comercio debidos a los requisitos nacionales divergentes sería una prohibición de la comercialización y de la importación a la Comunidad, o exportación desde esta, de pieles de perro y de gato y de productos que las contengan». Como puede apreciarse, este argumento tampoco resulta especialmente convincente en la medida que los distintos Estados pueden, dentro del ámbito de su soberanía, establecer prohibiciones y de hecho en los primeros momentos la Unión Europea, ante algunas preguntas a la Comisión sobre este fenómeno, que no podía intervenir y que debían ser los Estados los que regulasen, si así lo estimaban conveniente, la materia.

considerados de abasto en otros lugares eran mimados como verdaderos miembros de la familia, mientras que a otros que en un momento de la historia se les consideró y crio como domésticos ahora son salvajes (73).

Actualmente, el concepto de animal de compañía no es pacífico. Cada país, cada cultura e, incluso en España, cada Comunidad Autónoma ha acuñado un concepto distinto, lo que ha supuesto que determinados animales sean considerados, formalmente, como de compañía en un lugar y en otro no.

Lo cierto es que, pese a las formas legales que encierran conceptos variopintos, existen y se incorporan al mercado de los animales, cuya finalidad principal es la compañía, cada vez más especies (74), a las que en nuestro país vecino Francia se denominan NAC (*Nouveaux Animaux du Compagnie*) (75).

Esta es la realidad y escudarnos en que deben ser calificados como animales de compañía sólo los domésticos, los domesticados, los salvajes o cualquiera de las combinaciones posibles entre las categorías anteriores, previo cumplimiento de una serie de premisas, me parece un error. El concepto animal de compañía debe estar por encima de clasificaciones previas o de especies concretas. Es lo suficientemente amplio para admitir cualquier animal. En gran parte el conflicto reside en seguir empleando el concepto de animal doméstico en el sentido de casa y, por ende de compañía, cuando originariamente ese no era el sentido. Domésticos eran y son todos aquellos animales que vivían y viven junto al ser humano esencialmente en un medio rural y que servían y sirven para su subsistencia y trabajo: aves de corral, ganado o incluso perros y gatos. Animales que respondían al concepto clásico romanista de doméstico. Sin embargo, el cambio a lo urbano ha reducido a los animales domésticos esencialmente a los de compañía que son los que viven en el domicilio. En

(73) Este es el caso de meloncillos y jinetas introducidos en España hace trece siglos, durante la ocupación musulmana, acompañando a los ejércitos invasores como animal doméstico, C. GARCÍA-ORCOYEN TORNO (1994: 42).

(74) Entre estos animales, están muchos que son exóticos, pero también existen otros que estamos acostumbrados a verlos en nuestras cocinas. Este es el caso del conejo que en los últimos años ha sufrido un ascenso importante como animal de compañía. Lo curioso, entre otras muchas cosas, es que un gazapo para compañía suele tener un valor medio de 18 euros y uno destinado al consumo humano no supera, dependiendo del tamaño, los 12 euros. Tratando este asunto existe un artículo con un título muy sugerente, *El conejo: ¿mascota o comida?*, publicado en la página www.e-animales.../ficha.php3?seccion=noticias& id-sel=, el 19 de abril de 2000. En 1996 apareció en el mercado español una obra, fruto de una traducción de origen anglosajón, que recoge los cuidados y atenciones que se deben dispensar a estos animales. El título original, «Dwarf Rabbits as a new pet», resulta ilustrativo ya que con una traducción literal, «Conejo enano como un nuevo doméstico», nos indica y nos presenta este animal como una nueva incorporación al mercado de los *pet*. W. SANTOS, 1996.

(75) Este dato ha sido extraído de la noticia «NAC: nuevos animales de compañía» situada en el portal de internet, www.e-animales.../ficha.php3?seccion=noticias& id-sel= el 19 de junio de 2000.

este trayecto se ha desvirtuado el concepto pues no todos los que viven en el domicilio son domésticos ni la domesticidad es requisito para ser de compañía.

En este sentido la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria, «... no es, desde luego habitual ni cotidiano el que la gente tenga, como animales de compañía, leones, tigres, cocodrilos, serpientes de cascabel u otros tenidos en el concepto público por “feroces o dañinos”, por más que haya gente para todo» (76).

Por tanto, podemos encontrar animales domésticos, domesticados o salvajes de compañía (77). La compañía es una función y no una categoría y así lo han entendido algunas leyes autonómicas, con muchos matices, siguiendo el ejemplo del artículo 1 del Convenio del Consejo de Europa para la Protección de los animales de compañía de 1987, cuando los define como «todo aquel que sea tenido o esté destinado a ser tenido por el hombre, en particular en su propia vivienda, para que le sirva de esparcimiento y le haga compañía» (art. 1.1). De este modo, por ejemplo, un caballo doméstico —nacido y criado por el hombre— puede ser un animal de carga si se le destina al transporte, de abasto si su fin es la alimentación tanto animal como humana, de carreras pero también un caballo domesticado puede desarrollar las mismas funciones incluida la compañía. Sin embargo, el hecho de que al caballo doméstico o domesticado se le destine a la carga o a las carreras o la compañía no afecta en modo alguno a su condición original de doméstico, domesticado o salvaje, según sea el caso.

En consecuencia, el animal de compañía por naturaleza entiendo que no existe, sin que ello prejuzgue la especial predisposición de determinadas especies y razas para el desarrollo de esta función por sus especiales características como pueden ser: la fácil manutención, la docilidad, el tamaño reducido, la sociabilidad o la afinidad con el hombre, siendo el fruto del bagaje propio de cada cultura y país, en un momento preciso en el tiempo, al igual que tampoco están determinados los animales e incluso las plantas que se pueden comer (78).

(76) Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria de 14 de mayo de 1998, Ponente Sr. D. Agustín Alonso Roca (ARP 1998\2044). Posteriormente algunas otras Sentencias se han hecho eco de esta idea, *vid.* en este sentido, Sentencia de 3 de mayo de 1999, núm. 34/1999, Audiencia Provincial de Girona (ARP 1999\3378) y Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 18 de diciembre de 2003 (ARP 2004\44170).

(77) La Ley 50/1999, de 23 de diciembre, de Régimen Jurídico de los Animales Potencialmente Peligrosos, parece apuntar esta solución, en su artículo 2, al definir a los animales potencialmente peligrosos como: «(...) todos los que perteneciendo a la fauna salvaje, siendo utilizados como animales domésticos, o de compañía...». Por tanto, nuestro legislador estatal parece indicar que no existe ningún obstáculo que impida a un animal salvaje ser de compañía únicamente por su condición de salvaje.

(78) En la India se detesta la carne de vacuno; los musulmanes, por su parte, la de cerdo. Los europeos apenas pueden imaginarse degustar un «estofado de perro» y los nacio-

De hecho, basta con observar el Real Decreto 53/2013, de 1 de febrero, por el que se establecen las normas básicas aplicables para la protección de los animales utilizados en experimentación y otros fines científicos, incluyendo la docencia, en cuyo artículo 9 establece que los animales pertenecientes a las especies enumeradas en el anexo I sólo podrán utilizarse en procedimientos cuando hayan sido criados a tal fin. Curiosamente todos los allí incluidos se emplean como animales de compañía, con las limitaciones de los primates, y resulta habitual encontrarlos en todos los establecimientos dedicados a este sector: Ratón (*Mus musculus*). Rata (*Rattus norvegicus*). Cobaya (*Cavia porcellus*). Hámster sirio (dorado) (*Mesocricetus auratus*). Hámster enano chino (*Cricetulus riseus*). Jerbo de Mongolia (*Meriones unguiculatus*). Conejo (*Oryctolagus cuniculus*). Perro (*Canis familiaris*). Gato (*Felis catus*), Rana (*temporaria, pipiens*) o Pez cebra (*Danio rerio*). A mayor abundamiento entiendo que se debe superar la concepción *antropocéntrica especista* por la cual solo determinadas especies y razas están llamadas a ocupar las mayores cotas de protección al atribuirles la función de animal de compañía pues esta no debería sufrir *a priori* ninguna restricción. Tampoco deberían producirse en otros ámbitos. Por ello que no comprendo la exclusión del consumo de determinados animales por pertenecer a la supuesta categoría de los de compañía. Si se consumen animales todos deberían ser potencialmente susceptibles de este aprovechamiento pues en línea de máximos todos son seres sensibles como establece el artículo 13 Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (79)

En este sentido soy consciente de que no todos los animales de compañía son iguales y no con todos se puede mantener la misma relación, ni requieren los mismos cuidados y atenciones. Con unos, como por ejemplo los perros y los gatos, se podrá lograr una relación de afecto recíproco mientras que con otros únicamente tendrán un carácter *ornamental* (peces, reptiles o insectos) pero no por ello dejarán de ser animales de compañía.

nales de los países nórdicos sufren todo tipo de náuseas al ver a los españoles y franceses comer caracoles. Sin embargo, los perros se comen a diario en determinadas culturas sin que les produzca ningún problema moral. Las cobayas en todo el Perú son un plato exquisito, al igual que las iguanas en países de Centro América. En el mercado Qingping de la ciudad de Cantón, en la zona destinada a comestibles, encontramos perros y gatos junto con patos, pollos, gallinas, palomas, armadillos, castores, serpientes, ranas y tortugas, admitiendo un restaurante de Pekín que sirve un promedio de 30 perros diarios. J. SULÉ (1997: 46-52).

(79) Artículo 13 «Al formular y aplicar las políticas de la Unión en materia de agricultura, pesca, transporte, mercado interior, investigación y desarrollo tecnológico y espacio, la Unión y los Estados miembros tendrán plenamente en cuenta las exigencias en materia de bienestar de los animales como seres sensibles, respetando al mismo tiempo las disposiciones legales o administrativas y las costumbres de los Estados miembros relativas, en particular, a ritos religiosos, tradiciones culturales y patrimonio regional».

Sin embargo, sí es importante matizar que aunque todo animal puede ser en potencia de compañía, los requisitos jurídico-administrativos para su tenencia pueden ser distintos, como distintos son los animales y sus naturalezas, pudiendo incluso estar prohibida la tenencia para este fin, como por ejemplo prevé el artículo 2.3 de Ley 6/2017, de 8 de noviembre, de protección y defensa de los animales de compañía de la Región de Murcia, cuando dispone que: «no podrán tener la consideración de animales de compañía, los animales de aquellas especies que se encuentren incluidos en los distintos listados o catálogos estatales o autonómicos de especies con régimen de protección especial, de especies amenazadas o de especies exóticas invasoras, y cuya tenencia no esté legalmente permitida, ni tampoco los que se encuentren asilvestrados en el medio natural a los que resultará de aplicación la normativa sobre fauna silvestre sin perjuicio de lo dispuesto en el legislación estatal». O también limitada como es el caso de los animales potencialmente peligrosos, cuya tenencia está condicionada a la existencia de una licencia y a unas condiciones específicas para su tenencia como puede ser el caso, por ejemplo en Andalucía, cuando prevé que los animales calificados como animales salvajes peligrosos no podrán estar fuera de los espacios expresamente autorizados por la Consejería competente en materia de medio ambiente o de las instalaciones, explotaciones o establecimientos autorizados por la Consejería competente en el ámbito de la sanidad animal (art. 3.1 Decreto 42/2008, de 12 de febrero, por el que se regula la tenencia de animales potencialmente peligrosos en la Comunidad Autónoma de Andalucía).

De esta manera, a un perro se le aplicará las normas propias de los animales domésticos, las derivadas de la función que desarrolle —asistencia, compañía, deporte, experimentación— y de la especie a la que pertenezca, por ejemplo las vacunas de rabia, sin perjuicio de otras normas como podría ser, en su caso, las relativas a los animales potencialmente peligrosos.

De hecho, el régimen al que quedan sujetos los animales, en gran medida, viene derivado de la función a la que se destinan, que por cierto no tiene que ser inmutable necesariamente a lo largo de la vida del mismo, y sólo desde su asignación se les aplicará el régimen especial que se derive la función y no antes (80).

Por tanto, definiendo un concepto amplio de animal de compañía, en el que el elemento esencial para definirlos sea la función a desempeñar por éstos. Así

(80) Pensemos en un perro de asistencia a un invidente, sujeto a unas normas muy concretas y estrictas derivados de su actividad y que también tiene algunas posibilidades que adolecen el resto de los perros dedicados a la compañía como es el acceso a todo tipo de locales y establecimientos, por la edad se le retira del servicio activo y se le asigna a una familia como animal de compañía. Desde ese momento ya no se la aplicaría el régimen de perro de asistencia y pasaría al régimen de animal de compañía.

se podrían definirse como aquellos animales que, con independencia de su especie o de su condición de salvaje, domesticado o doméstico, vive con las personas, principalmente en el hogar, con el fin fundamental de la compañía. Todo ello sin perjuicio de las prohibiciones o limitaciones que se pudieran establecer en relación a la tenencia de determinadas especies o razas. Así resulta esencial plantearse la legitimidad moral de emplear o destinar determinados animales a la compañía, en la medida que, como mínimo, se debería realizar un juicio de proporcionalidad entre el beneficio para el ser humano y el perjuicio que se les pudiera provocar a aquéllos. Un juicio, en términos de bienestar, en el que se valore, entre otras cuestiones, la compatibilidad de la naturaleza de los animales con el desempeño de la función asignada.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- ARANA GARCÍA, E. (2006): «Animales de compañía y administración local», en AA.VV. (coord. J. ESTEVE PARDO), *Derecho del medio ambiente y administración local*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Madrid, pp. 727-754.
- GONZÁLEZ BUSTOS, M^o. Á. (2000): «La protección de los animales de compañía en Castilla y León», *Cosultor de los ayuntamientos y de los juzgados: Revista técnica especializada en administración local y justicia municipal*, núm. 24, pp. 3976-3981.
- CASTAN TOBEÑAS, J. (1964): *Derecho civil español, Común y Foral*, tomo segundo, ed. Reus, Madrid 1964
- FONT BISIER, E. y GUILLÉN SALAZAR, F. (1994): «El comportamiento de los perros y los gatos: la domesticación, bienestar y convivencia», en *Los animales en la sociedad: hacia un nuevo modelo de convivencia*, Fundación Purina, Barcelona, pp. 59-108.
- GALLO (1845): *La Instituta*, Imprenta de la sociedad literaria y tipográfica, Madrid.
- GARCÍA-ORCOYEN, C. (1994), «Los animales domésticos y la naturaleza», en *Los animales en la sociedad: hacia un nuevo modelo de convivencia*, Fundación Purina, Barcelona, pp. 37-46.
- HEDEMANN, J.W. (1955): *Tratado de Derecho Civil*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955, vol. II.
- HERRERO Y RODRÍGUEZ DE MIÑÓN, M. (2009): «Del Derecho terrible al Derecho entrañable: el ejemplo de los animales de compañía», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n 6, pp. 24-27.
- LAGUNA DE PAZ, J. C. (1996): *Libertad y propiedad en el Derecho de Caza*, ed. Marcial Pons, Madrid.

- MARESCA CABOT, C. (1994): «Libro blanco de los animales domésticos», en AA.VV. *Los animales en la sociedad: hacia un nuevo modelo de convivencia*, Fundación Purina, Barcelona, pp. 1488-188.
- MARIAS, J. (1987), *La felicidad humana*, Alianza Editorial.
- MORALES MORENO, A.M. (1972): *Posesión y Usucapión. Estudio de la posesión que conduce a la usucapión en el Código civil español*, Madrid.
- MORRIS, D. (1990): *El contrato animal*, Círculo de Lectores 1990, Madrid.
- MUCIUS SCAEVOLA, Q. (1983): *Comentarios al Código civil*, Madrid, 2ª ed.
- MULA ARRIBAS, A. (2017): «España ratifica el convenio europeo sobre protección de los animales de compañía, hecho en Estrasburgo el 13 de noviembre de 1987», *Revista General de Derecho Animal y Estudios Interdisciplinarios de Bienestar Animal*, núm. 0 (2017).
- MUÑOZ MACHADO, S. (1999): «Los animales y el Derecho», en AA.VV. (Coord. S. MUÑOZ MACHADO, *Los animales y el Derecho*, ed. Civitas, Madrid, 1999.
- PÉREZ COSTA, E.; MOLINA GUTIÉRREZ, M. A.; ESCOSA GARCÍA, L., (2015): «Los riesgos del empleo de reptiles como animales de compañía», *Revista Pediatría de Atención Primaria*, vol. 17, núm. 66.
- PÉREZ MONGUIÓ, J. M^º. (2001): «Hacia un concepto real de animal de compañía», *Animalia*, núm. 127, pp. 42-46.
- (2005): *Animales de compañía*, Bosch, Barcelona.
 - (2006a): *El Régimen jurídico de los animales potencialmente peligrosos*, Bosch, Barcelona.
 - (2006b): «Los animales de compañía en los procesos de ruptura de la relación conyugal», en *Animalia*, núm. 19, pp. 56-60.
 - (2008): «Influencia de la llamada Ley nacional de bienestar animal en los animales de compañía», *Animalia*, núm. 209, pp. 50-53.
- PRICE, E. O., «Behavioral aspects of animal domestication», *Q. Rev. Biol.* 59, 1984, pp. 1-32.
- ROCA FERNÁNDEZ-CASTANYS, M.L. (2002): «Los animales domésticos y el Derecho: en particular, el régimen jurídico de los animales de compañía», en AA.VV., *Panorama jurídico de las administraciones públicas en el siglo XXI: homenaje al profesor Eduardo Roca Roca*, Boletín Oficial del Estado, 2002, pp. 1207-1240.
- ROGEL VIDE, C. (2017) *Personas, Animales y Derechos*, ed. Reus, Madrid.
- ROLLIN, B. E. (1993): «La moralidad y el vínculo hombre-animal», en *Los animales de compañía en nuestras vidas*, Fundación Purina, Barcelona, pp. 532-542.
- SAMPER RASERO, L. (1994): «Más allá de las mascotas: Persona y animales en la sociedad de la tecnología», en *Los animales en la sociedad: hacia un nuevo modelo de convivencia*, Fundación Purina, Barcelona, pp. 109-120.

- SÁNCHEZ GASCÓN, A. (1988): *El Derecho de Caza en España*, ed. Tecnos, Madrid.
- SÁNCHEZ, M. A., (2005): «El mercado alemán del animal de compañía», *Animalia*, núm. 171, pp. 68-69.
- SANTOS, W. (1996): *Conoce y cuida tu conejo enano*, ed. Hispano Europea.
- SANZ EGAÑA (1943): *Veterinaria legal*, ed. Espasa-Calpe, Madrid.
- SECO REYMUNDO, M., PUENTE, A.; RAMOS GONZÁLEZ, G. (1999): *Diccionario del Español Actual*, ed. Santillana, Madrid.
- SULÉ, J., (1997): «Cuando los perros y gatos forman parte de la dieta», *Animalia*, núm. 83, pp. 46-52.
- VAN VLECK, L. D. (1980): «Inheritance in horses and dogs», en *Animal agriculture: The biology, husbandry, and use of domestic animals*, W. H. Freeman, San Francisco, pp. 331-351.
- ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L. (2017): «La custodia de los animales de compañía», en *Actualidad jurídica Aranzadi*, núm. 937, p. 7.

LAS CORRECCIONES FINANCIERAS EN MATERIA DE FONDOS ESTRUCTURALES(*)

JAVIER GUILLEM CARRAU

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.– II. LOS ERRORES FINANCIEROS Y PRESUPUESTARIOS COMO CONTEXTO DE LAS CORRECCIONES FINANCIERAS.– III. LA MEJORA DE LA GESTIÓN FINANCIERA EN EL MARCO DE LAS REFORMAS PROPUESTAS EN EL REGLAMENTO ÓMNIBUS: 1. La opción por los modelos de costes simplificados (OCS) 2. Las medidas preventivas y correctoras de la Comisión: el sistema de correcciones 3. La auditoría del Tribunal de Cuentas Europeo.– IV. EL PRINCIPIO DE BUENA GESTIÓN FINANCIERA EN EL DERECHO DE LA UE.– V. LA RESPONSABILIDAD EN LA GESTIÓN COMPARTIDA DE LOS FONDOS.– VI. LA RESPONSABILIDAD DE LOS ESTADOS MIEMBROS EN MATERIA DE FONDOS EUROPEOS Y DE INVERSIÓN: 1. Las funciones de gestión y de control de los fondos. 2. La obligación de recuperar los fondos perdidos por abuso y negligencia. 3. El respeto a las normas de contratación pública.– VII. LA CORRECCIÓN FINANCIERA COMO RESPONSABILIDAD DE LA COMISIÓN: 1. El procedimiento de las correcciones financieras: A) Inicio del procedimiento. B) Conclusiones provisionales y audiencias al Estado. C) Del intento de conciliación a la adopción de la decisión. 2. Las patologías del procedimiento: A) El respeto a los plazos como muestra de diligencia de la Comisión Europea. B) El respeto al principio de proporcionalidad por la Comisión Europea. C) La carga de la prueba del riesgo para el fondo europeo. D) Aplicabilidad analógica de la jurisprudencia en materia de fondos agrarios.– VIII. LAS CORRECCIONES FUTURAS ESTIMADAS COMO RESPUESTA A LA PLURIANUALIDAD DE LOS PROGRAMAS DE GASTO DE LOS FONDOS.– IX. CONCLUSIONES.– X. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: Un elemento fundamental en la eficiencia del gasto público es el control de los errores financieros y presupuestarios en las Administraciones. Las correcciones financieras cumplen esa función y por su singularidad merecen un análisis en su regulación y en la interpretación de la misma por el Tribunal de Justicia de la UE.

Palabras clave: correcciones financieras; Derecho de la UE; Fondos estructurales.

ABSTRACT: Efficiency in public expenditure calls for control on budgetary and financial errors. This is the gene of financial corrections and, therefore, a singular analysis of EU case law and regulation is merited.

Key words: financial corrections; EU Law; Structural Funds.

(*) Trabajo recibido en esta REVISTA el 8 septiembre 2017 y evaluado favorablemente para su publicación el 7 marzo 2018.

I. INTRODUCCIÓN

Las intervenciones en materia de fondos estructurales y de inversión son objeto de una gestión denominada «compartida», en la que son las autoridades de los Estados miembros y los organismos designados por éstos quienes se sitúan en primera línea de la responsabilidad de una buena gestión financiera.

Desde el prisma jurídico, tanto la correcta ejecución de lo presupuestado como la minimización de los riesgos financieros son factores relevantes para el legislador europeo. Por un lado, el legislador ha configurado un sistema en el que la Comisión Europea adopta medidas, tanto preventivas (tales como las interrupciones y suspensiones de pagos) como correctoras (recuperaciones y correcciones financieras), para abordar las causas y las repercusiones de unos niveles de error, que son considerados persistentemente elevados. Por otro, tanto en el llamado Reglamento financiero como en los Reglamentos que regulan los fondos europeos, se identifica a los Estados miembros y a los organismos designados por éstos como sujetos claves en el control de los errores financieros y presupuestarios. En 2017, se produjo una reforma de este marco legal mediante el denominado Reglamento ómnibus, de marcado carácter técnico, con el fin de simplificar y hacer más eficiente el sistema de gestión presupuestaria.

Constatada que la causa principal de los errores son las deficiencias en los sistemas de gestión y control a escala estatal, y descartada la posibilidad de realizar controles previos integrales por la insuficiencia de medios, la operación jurídico-presupuestaria de la corrección financiera se sitúa como la clave de bóveda del principio de eficiencia presupuestaria en la UE.

Aunque la aplicación del sistema de correcciones por la Comisión Europea está completamente reglada, la jurisprudencia europea ha desempeñado una función interpretativa del mismo a través del prisma del principio de proporcionalidad. La doctrina académica se ha ocupado de analizar las correcciones financieras como aspectos esenciales de la gestión de los fondos, tanto desde el punto de vista cuantitativo como cualitativo, así como de clarificar el sistema interno de responsabilidades financieras de las distintas Administraciones implicadas (1).

En estas líneas se analiza el marco legal de las correcciones financieras con la finalidad de identificar los elementos del sistema de correcciones financieras, los principios básicos que inspiran la aplicación de las mismas y su articulación reglamentaria y jurisprudencial en torno a las patologías típicas que se han detectado por la jurisprudencia europea.

(1) Entre otros, véase: A.M BUENO ARMUJO (2013, p. 29); J. FUENTETAJA PASTOR, J. (2015, p. 517-546); D. ORDÓÑEZ SOLÍS, 2011.

Además, en dicho contexto, tanto la extensión de determinadas interpretaciones realizadas respecto a la reglamentación de los fondos agrarios europeos al resto de fondos como la configuración de las «correcciones financieras futuras» como elemento complementario al carácter plurianual de los fondos europeos serán objeto de particular atención.

II. LOS ERRORES FINANCIEROS Y PRESUPUESTARIOS COMO CONTEXTO DE LAS CORRECCIONES FINANCIERAS

Para analizar el sistema de correcciones financieras se hace preciso acotar previamente el concepto de error desde el punto de vista europeo. La definición más cercana al concepto de error es la de irregularidad, que el legislador europeo identifica como «*toda infracción de una disposición del Derecho europeo correspondiente a una acción u omisión de un agente económico que tenga o tendría por efecto perjudicar al presupuesto general de las Comunidades o a los presupuestos administrados por éstas, bien sea mediante la disminución o la supresión de ingresos procedentes de recursos propios percibidos directamente por cuenta de las Comunidades, bien mediante un gasto indebido*» (2). Asimismo, el concepto de «irregularidad» con arreglo al Derecho de la UE interpretarse en el sentido de que no sólo contempla toda violación del citado Derecho, sino también la violación de las disposiciones del Derecho nacional que contribuyen a garantizar la buena aplicación del Derecho de la Unión relativo a la gestión de los proyectos financiados por los fondos de la Unión (3).

Esto lleva consigo que los gastos en cuestión sean gastos irregulares. Desde esta perspectiva, esto no significa necesariamente que los fondos hayan desaparecido, se hayan perdido o desperdiciado o que necesariamente se haya cometido fraude (4). Así, la Comisión destaca que los errores más comunes son, por ejemplo, cuando se pagan partidas de gastos no subvencionables; cuando se abona a beneficiarios o proyectos o en períodos de ejecución no subvencionables; cuando se incumplen las normas sobre contratación pública

(2) La definición legal de irregularidad contra el presupuesto de la UE es la especificada en el artículo 1, apartado 2, del Reglamento (CE, Euratom) n° 2988/95.

(3) Apartado 78 de las Conclusiones del AG en asuntos acumulados C-260/14 y C-261/14, ECLI:EU:C:2016:7, y el apartado 37 de la Sentencia subsiguiente del Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 26 de mayo de 2016, *Județul Neamț y Județul Bacău contra Ministerul Dezvoltării Regionale și Administrației Publice*, asuntos acumulados C-260/14 y C-261/14, ECLI:EU:C:2016:360.

(4) Tras el Informe de la Comisión sobre la «Protección de los intereses financieros de la Unión Europea – Lucha contra el fraude Informe anual 2015» [COM (2016) 472 final], los casos fraudulentos que se han detectado y sobre los que se ha informado ascienden a aproximadamente el 0,4% de los pagos efectuados (página 22).

y ayudas estatales; cuando la documentación es insuficiente para respaldar los gastos, y cuando se producen declaraciones incorrectas de superficies subvencionables en el ámbito de la agricultura (5).

En un contexto presupuestario plurianual, se consideran niveles de error persistentemente elevados aquellos para los que el impacto financiero o los riesgos están por encima del umbral de importancia relativa (2 por ciento) durante un número de años. Para medir el nivel de error, la Comisión emplea tres indicadores: el importe en situación de riesgo, la tasa de error y la tasa de error residual, que es aquella que resulta tras aplicar medidas correctoras. Además, dado el carácter plurianual de gran parte del gasto europeo, parte de la iniciativa de la Comisión un proyecto de presupuesto europeo centrado en los resultados, acompañado de un conjunto de mejoras en la presentación de informes y en la metodología para estimar las tasas de error en un marco plurianual (6). Como objetivo, la Institución europea ha establecido que lo importante es reducir los importes en situación de riesgo al cierre de entre el 0,8% y el 1,3% de los gastos totales correspondientes (7).

Como es obvio, la aplicación de controles previos integrales y detallados de todos los pagos, efectuados por la Comisión, los Estados miembros, los terceros países, etc. a fin de evitar errores desde el principio, conllevaría costes prohibitivos en términos de recursos y tiempo. Por ello, la articulación de actuaciones para la reducción de los márgenes de error presupuestario y financiero constituye un objetivo fundamental de gestión pública.

En el ámbito del presupuesto europeo, entre los actores fundamentales de la minimización de estos riesgos financieros, hay que señalar tanto a la Comisión Europea, por ser responsable de garantizar que el presupuesto se ejecuta de una manera correcta, en virtud del artículo 317 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), como al Tribunal de Cuentas Europeo que debe presentar al Parlamento Europeo y al Consejo una declaración de fiabilidad de las cuentas y sobre la regularidad y la legalidad de las operaciones, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 287 TFUE (8).

(5) Mientras que los errores comportan infracciones de ciertas condiciones de financiación, el fraude constituye un acto delictivo para la UE. Resulta esencial destacar que el fraude detectado constituye un porcentaje marginal. En 2015, por ejemplo, los casos fraudulentos que se han detectado y sobre los que se ha informado ascienden a aproximadamente el 0,4% de los pagos efectuados en toda la Unión [COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN AL CONSEJO Y AL PARLAMENTO EUROPEO: Causas esenciales de los errores y medidas adoptadas (artículo 32, apartado 5, del Reglamento Financiero) Bruselas, 28.2.2017, COM (2017) 124 final].

(6) SWD (2016) 299 final.

(7) COM (2017) 124 final, p. 14.

(8) GUILLEM CARRAU, J. (2017b : p. 162).

Ambas instituciones, tanto la Comisión como el Tribunal de Cuentas Europeo han subrayado reiteradamente que las causas esenciales de los niveles de error persistentemente elevados son las debilidades en los sistemas de gestión y control pero no es el único factor porque también se considera que, cuanto más compleja jurídicamente es la puesta en práctica de una política europea, mayor tasa de error aparece. Por eso, cuando el marco del gasto es de los llamados de costes simplificados o está basado en derechos, la tasa de error es mucho más baja que en los regímenes basados en el reembolso completo de costes a posteriori.

III. LA MEJORA DE LA GESTIÓN FINANCIERA EN EL MARCO DE LAS REFORMAS PROPUESTAS EN EL REGLAMENTO ÓMNIBUS

La Comisión Europea propuso que, a través de un acto legislativo único (por ello el calificativo de «ómnibus» al Reglamento propuesto) (9), se realizara una revisión de las normas financieras generales y sectoriales como parte del paquete legislativo de revisión del marco financiero plurianual. Finalmente, las reformas relativas a la financiación agrícola fueron adoptadas en diciembre de 2017 (10) quedando el resto de reformas propuestas por la Comisión en trámite de primera lectura del procedimiento legislativo ordinario (11)

Según la exposición de motivos de la propuesta, el objetivo principal de la misma consiste en revisar las normas financieras generales y sectoriales para que sean más sencillas y flexibles y, por ende, para mejorar la capacidad del

(9) El denominado proyecto de Reglamento «ómnibus» modificará el Reglamento financiero que regula la ejecución del presupuesto de la UE, además de quince actos legislativos sectoriales, en particular en el ámbito de la agricultura y la política de cohesión [COM (2016) 605 final de 14.9.2016].

(10) Esta propuesta cristaliza en el Reglamento (UE) 2017/2393 del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 2017 por el que se modifican los Reglamentos (UE) n.º 1305/2013 relativo a la ayuda al desarrollo rural a través del Fondo Europeo Agrícola de Desarrollo Rural (Feader) (UE) n.º 1306/2013 sobre la financiación, gestión y seguimiento de la política agrícola común (UE) n.º 1307/2013 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 (UE) no 1308/2013 por el que se crea la organización común de mercados de los productos agrarios y (UE) no 652/2014 por el que se establecen disposiciones para la gestión de los gastos relativos a la cadena alimentaria, la salud animal y el bienestar de los animales, y relativos a la fitosanidad y a los materiales de reproducción vegetal, DOUE L350, 29.12.2017. Respecto al procedimiento legislativo para la adopción del mismo, véase: http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/HIS/?uri=CONSIL:ST_10553_2017_ADD_1.

(11) COUNCIL (2017) Interinstitutional File: 2016/0282 (COD), accessible en http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CONSIL:ST_15783_2017_INIT&from=ES.

presupuesto de la UE con el fin de adaptarse a unas circunstancias cambiantes y para responder a acontecimientos imprevistos.

Opina la Comisión de Justicia del Parlamento Europeo que la propuesta se centra especialmente en varios ámbitos clave. La propuesta prevé una simplificación de las normas para los receptores de los fondos de la UE en lo relativo al contenido de las solicitudes de subvención, el valor de las contribuciones en especie, el reconocimiento del voluntariado, los requisitos para la concesión de subvenciones sin necesidad de una convocatoria de propuestas a los Estados miembros bajo ciertas condiciones, el principio de no producción de beneficios, los principios de no acumulación y la eliminación progresiva de las decisiones de subvención. La propuesta tiene por objeto fomentar, en la medida de lo posible, el uso de una única auditoría, evaluación o autorización (sobre la conformidad con las ayudas estatales, por ejemplo) cuando se cumplen las condiciones necesarias para ser tomadas en consideración en el sistema de la UE. Por otra parte, la propuesta aspira a lograr una mayor simplificación para los socios de la UE en virtud de la ejecución indirecta en la mayor medida posible. Asimismo, promueve una utilización más eficaz de los instrumentos financieros optimizando el uso de fondos de reversión, garantizando unas condiciones de competencia equitativas entre los principales socios ejecutivos de la UE y reduciendo los requisitos gravosos relacionados con la publicación de datos individuales de los beneficiarios finales o con los criterios de exclusión (12).

Asimismo, con el fin de prestar especial atención a los resultados y a la racionalización de la presentación de la información financiera, la propuesta incluye una serie de medidas destinadas a centrar mejor el presupuesto en los resultados, estableciendo un marco de rendimiento claro, el refuerzo de la transparencia y la racionalización de la presentación de la información financiera.

Como resultado de las reuniones de los trílogos celebrados en el curso de 2017 (13), parece que los puntos de acuerdo se centran en una serie de aspectos de la reforma. En fin, entre otros aspectos relevantes, respecto a la reducción del riesgo de errores, las previsiones del legislador incluyen la posibilidad de efectuar pagos basados en resultados y condicionados, el

(12) Opinión sobre la base jurídica de la propuesta de Reglamento del Parlamento y del Consejo sobre las normas financieras aplicables al presupuesto general de la Unión y por el que se modifica el Reglamento (CE) n.º 2012/2002 y los Reglamentos (UE) n.º 1296/2013 (UE) n.º 1301/2013 (UE) n.º 1303/2013 (UE) n.º 1304/2013 (UE) n.º 1305/2013 (UE) n.º 1306/2013 (UE) n.º 1307/2013 (UE) n.º 1308/2013 (UE) n.º 1309/2013 (UE) n.º 1316/2013 (UE) n.º 223/2014 (UE) n.º 283/2014 y (UE) n.º 652/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, y la Decisión 541/2014/UE del Parlamento Europeo y del Consejo (COM (2016)0605 – C8 0372/2016 – 2016/0282(COD)).

(13) J. GUILLEM CARRAU (2014, p. 46).

principio de no producción de beneficios, la simplificación de la norma de no acumulación y un mayor uso de las opciones de costes simplificadas (cantidades fijas únicas, costes unitarios y tipos fijos) (14)

1. La opción por los modelos de costes simplificados (OCS)

En el contexto de la reducción de riesgos financieros y presupuestarios, el uso de los costes simplificados es una opción para los Estados Miembros que, básicamente consiste en calcular el coste subvencionable según un método predefinido basado en los productos, los resultados u otros costes.

Como afirma la Comisión Europea, con los costes simplificados (en adelante OCS) ya no es necesario rastrear en los documentos justificativos cada euro de gasto cofinanciado; este es el punto clave de los costes simplificados, pues aligera considerablemente la carga administrativa. El uso de costes simplificados permite también centrar más los recursos humanos y el esfuerzo administrativo que conlleva la gestión de los Fondos europeos en el logro de los objetivos políticos, y no en la recopilación y la verificación de documentos financieros (15).

La Autoridad de Gestión puede decidir establecer la obligatoriedad o no del uso de OCS para todos o parte de los beneficiarios o para todas o parte de las operaciones de entre los modelos que ofrece la legislación europea (16).

(14) J. GUILLEM CARRAU (2017b, p. 166).

(15) COMISIÓN EUROPEA (2014) «Directrices sobre las opciones de costes simplificados Financiación a tipo fijo, baremos estándar de costes unitarios, sumas globales (lump sums) [con arreglo a los artículos 67 y 68 del Reglamento (UE) n° 1303/2013, el artículo 14, apartados 2 a 4, del Reglamento (UE) n° 1304/2013 y el artículo 19 del Reglamento (UE) n° 1299/2013]» accesible en <http://ec.europa.eu/esf/main.jsp?catId=3&langId=en&keywords=&pubType=580&langSel=es> EGESIF_14-0017, p. 7.

(16) El artículo 67 del Reglamento (CE) 1303/2013 y artículo 14 del Reglamento (CE) 1304/2013 establece tres sistemas de opciones de costes simplificados para financiar las subvenciones y ayudas reembolsables cofinanciadas por FSE: a) Financiación a tipo fijo: podrán ser subvencionables las categorías específicas de costes de una operación que se han identificado claramente de antemano y que se calculan aplicando un porcentaje, fijado previamente, a otra u otras categorías de costes subvencionables. Cuando se utiliza este tipo de sistema, se deben definir las categorías de gastos que corresponden a cada bloque: costes directos de personal, otros costes directos y costes indirectos; sabiendo, además, que las categorías de gastos se incluirán en uno y sólo en uno de los tres bloques; b) Baremos estándar de costes unitarios: podrán ser subvencionables los costes de una operación calculados sobre la base de las actividades, productos o resultados cuantificados multiplicados por los baremos estándar de costes unitarios establecidos de antemano; c) Importes a tanto alzado/sumas globales: podrán ser subvencionables mediante esta modalidad los costes de una operación o una parte de ellos que se reembolsen sobre una cantidad global preestablecida y justificada conforme a unos acuerdos predefinidos sobre los resultados de las actuaciones o los productos.

Dicho uso debe ajustarse a la realidad de la ejecución de las actividades cofinanciadas y con criterio de una adecuada gestión financiera, por lo que puede no resultar razonable la utilización de determinados sistemas o metodologías que puedan sobredimensionar los costes de la operación o que no guarden una relación fiable con respecto a los costes reales.

Un ejemplo de OCS es el fondo social europeo (en adelante FSE), donde el gasto subvencionable se puede calcular en forma de subvenciones y ayuda reembolsable en función de los costes reales o en función de financiación a tipo fijo, baremos estándar de costes unitarios e importes a tanto alzado. Entre otras eficiencias, se reduce el alcance del control y la auditoría, y lo limita a la actividad, el resultado o el producto a partir del cual se han calculado los baremos estándar de costes unitarios e importes a tanto alzado. Al mismo tiempo, se permite a los Estados miembros seguir aplicando sus propias prácticas contables para subvencionar las operaciones sobre el terreno (si la OCS cubren todos los gastos de la operación) y garantiza que los servicios de la Comisión no pondrán en entredicho la metodología utilizada por el Estado miembro para el reembolso a los beneficiarios en el caso de las operaciones (o partes de ellas) cubiertas por el reembolso de conformidad con el artículo 14, apartado 1, del Reglamento del FSE (17). También son ejemplos del modelo de costes simplificados los pagos directos en el caso del pago único de la Política Agraria Común, que consiste en un pago a tanto alzado a los agricultores activos o los programas de fomento de la investigación Marie-Curie.

En síntesis, como los aspectos técnicos y físicos de la operación adquieren un valor mayor en este sistema de simplificación, el control, análisis y evaluación de los elementos cualitativos suponen una mejor aproximación a la consecución de los objetivos por resultados.

2. Las medidas preventivas y correctoras de la Comisión: el sistema de correcciones

Tal y como se ha mencionado en la introducción, en ejecución de sus responsabilidades, la Comisión adopta medidas tanto preventivas (tales como

(17) Para el caso del Fondo Social Europeo el artículo 14(4) del Reglamento (CE) 1304/2013 determina: «las subvenciones y la asistencia reembolsable que beneficien de una ayuda pública no superior a 50.000 EUR adoptarán la forma de baremos estándar de costes unitarios o de importes a tanto alzado, salvo en el caso de operaciones que beneficien de ayudas en el marco de un régimen de ayudas de Estado». Por lo tanto, la obligatoriedad del uso de las opciones de costes simplificados vendrá determinada por la no superación del umbral de 50.000 EUR de ayuda pública. Véase, por ejemplo, el Manual sobre la implementación de las opciones de costes simplificados en el FSE de la Unidad Administradora de Fondo Social Europeo, accesible en https://www.mecd.gob.es/educacion-mecd/dms/mecd/educacion-mecd/mc/fse/presentacion/Manual_OCS_UAFSE_2016F.pdf.

las interrupciones y suspensiones de pagos) como correctoras (recuperaciones y correcciones financieras), para abordar las causas y las repercusiones de unos niveles de error que, a escala europea, se consideran persistentemente elevados.

Con tal finalidad, la Comisión coordina en sus Direcciones Generales medidas concretas con el fin de fortalecer los sistemas de gestión y control a nivel nacional, europeo e internacional. Las evaluaciones realizadas por los Directores Generales de la Comisión sobre el funcionamiento de los sistemas de gestión y control forman parte del Informe anual sobre la ejecución del presupuesto, del Informe de gestión anual y rendimiento, así como de los informes anuales de actividad producidos por los diferentes servicios de la Comisión (18), así como de la Comunicación relativa a la protección del presupuesto de la UE anual (19).

En todo caso, debe tenerse en cuenta que alrededor del ochenta por ciento de los gastos se ejecutan directamente en los Estados miembros por la gestión compartida. El resto de gasto se realiza a través de gestión directa o indirecta y es supervisado por las propias unidades de verificación y auditoría a posteriori, así como por los auditores externos contratados (20). Este porcentaje pone de manifiesto la importancia del sistema de correcciones financieras que se constituye el eje de actuación principal para la disminución de los errores financieros y presupuestarios.

Por ejemplo, cuando la Comisión detecte irregularidades relacionadas con el incumplimiento de las normas de contratación pública, determinará el importe de la corrección financiera aplicable de conformidad con las directrices sobre la materia. El importe de la corrección financiera ha de calcularse teniendo en cuenta el importe del gasto declarado a la Comisión y relacionado con el contrato (o con una parte del mismo) al que afecta la irregularidad. Así si el importe de los gastos declarados a la Comisión relativos a un contrato de obras celebrado después de la aplicación de criterios ilegales es de 10 000 000 EUR y si el porcentaje de corrección aplicable es de un 25%, la cantidad que debe deducirse de la declaración de gastos a la Comisión es de 2 500 000 EUR. En consecuencia, la financiación de la Unión se reduce sobre la base del porcentaje de financiación pertinente. Si, posteriormente, las autoridades nacionales tienen previsto declarar otros gastos referentes

(18) COMISIÓN EUROPEA (2016): Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Tribunal de Cuentas. Informe de gestión anual y rendimiento del presupuesto de la UE para 2015, COM (2016)446 final.

(19) COMISIÓN EUROPEA (2016): Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Tribunal de Cuentas. Protección del presupuesto de la UE hasta finales de 2015, COM (2016) 486 final.

(20) Véase COM (2017) 124 final, op. cit. p. 14.

al mismo contrato y afectados por la misma irregularidad, debe aplicarse a dichos gastos el mismo porcentaje de corrección. Al final, el valor total de los pagos relacionados con el contrato se corrige sobre la base del mismo porcentaje de corrección (21).

Como se analiza posteriormente, el legislador europeo ha diseñado un sistema legal para efectuar correcciones financieras cuando existen pruebas de que se ha producido un riesgo para los Fondos. Además, este sistema está regulado de manera detallada y clara; por ejemplo, el inicio del procedimiento de corrección financiera requiere que las deficiencias de ejecución de los fondos estén claramente identificadas y comunicadas previamente por la Comisión Europea y que el Estado miembro no haya aplicado las medidas correctivas adecuadas. La Comisión no tiene un margen de apreciación absoluto en este contexto pues se trata de un procedimiento reglado y además la aplicación de correcciones financieras debe tener en cuenta, respetando debidamente el principio de proporcionalidad, el nivel de absorción y los factores externos que hayan contribuido al fracaso de la inversión.

3. La auditoría del Tribunal de Cuentas Europeo

En materia de fiabilidad presupuestaria ha de tenerse en cuenta que el Tribunal de Cuentas Europeo, en cumplimiento de sus funciones, es el auditor externo de la Unión y presenta al Parlamento Europeo y al Consejo una Declaración de fiabilidad (DF) externa de las cuentas y sobre la regularidad y la legalidad de las operaciones subyacentes, habiendo emitido ya alguna declaración de fiabilidad negativa porque la tasa de error anual estimada aún no se encuentra por debajo del 2 por ciento (22).

Asimismo, en cualquier caso, si el Tribunal de Cuentas Europeo detecta irregularidades que demuestran una deficiencia grave en el funcionamiento efectivo de los sistemas de gestión y control, la corrección financiera resultante reducirá la ayuda de los Fondos o del FEMP al programa operativo (23).

(21) COMISIÓN EUROPEA (2013): Directrices para la determinación de las correcciones financieras que hayan de aplicarse a los gastos financiados por la Unión en el marco de la gestión compartida, en caso de incumplimiento de las normas en materia de contratación pública, accesible http://ec.europa.eu/regional_policy/sources/docoffic/cocof/2013/cocof_13_9527_annexe_es.pdf

(22) Véase, por ejemplo, la Declaración, DOUE de 14.10.2016, C 379/131

(23) J.GUILLEM CARRAU (2017) p. 164.

IV. EL PRINCIPIO DE BUENA GESTIÓN FINANCIERA EN EL DERECHO DE LA UE

El principio de buena gestión financiera, aplicable a todos los ámbitos presupuestarios en los que opera la gestión compartida, está recogido en el artículo 317 Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y viene reconocido tradicionalmente por la jurisprudencia europea, por ejemplo, cuando en el asunto *Irlanda contra Comisión*, relativo a una reducción de ayudas del Fondo Social Europeo, el Tribunal afirma que «... A tenor del artículo 274 CE, la Comisión, bajo su propia responsabilidad y dentro del límite de los créditos autorizados, ejecutará el presupuesto con arreglo al principio de buena gestión financiera, y los Estados miembros cooperarán con ella para garantizar que los créditos autorizados se utilizan de acuerdo con el principio de buena gestión financiera» (24).

Como ya se ha señalado, el principio de buena gestión financiera se recoge en el artículo 59.1 del Reglamento financiero junto al de transparencia y el de no discriminación. Asimismo, se afirma que la gestión de los fondos estructurales y de inversión europeos se apoya en el principio de buena gestión financiera porque el artículo 30 del Reglamento horizontal afirma que los créditos se utilizarán de acuerdo con el principio de buena gestión financiera, es decir, de acuerdo con los principios de economía, eficiencia y eficacia (25).

El objetivo es garantizar que los Fondos europeos se utilicen de forma legal y regular de manera que, por una parte, se protejan los intereses financieros de la Unión y, por otra, se garantice la eficacia de los programas operativos. Este objetivo sólo puede alcanzarse si las ayudas y préstamos concedidas por los fondos europeos tienen por objeto actos y gastos cuya legalidad sea intachable, ya sea con arreglo al Derecho de la Unión o al Derecho nacional ya que «sólo de este modo se puede garantizar la eficacia de la acción de los Fondos Estructurales, evitando que financien operaciones fraudulentas constitutivas, quizás, de actos de favoritismo o de corrupción».

A modo de ejemplo, en un pleito sobre la elegibilidad de unas operaciones cofinanciadas y ejecutadas antes de la fecha de inicio de la subvencionabilidad,

(24) Entre otros, véase el apartado 25 de la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 15 de septiembre de 2005, *Irlanda contra Comisión de las Comunidades Europeas*, asunto C-199/03, ECLI:EU:C:2005:548.

(25) Reglamento (UE, Euratom) no 966/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, sobre las normas financieras aplicables al presupuesto general de la Unión y por el que se deroga el Reglamento (CE, Euratom) no 1605/2002 del Consejo (DO L 298 de 26.10.2012). Su alcance se definió en el capítulo 7 del título II del Reglamento (CE, Euratom) n° 1605/2002 del Consejo, de 25 de junio de 2002, por el que se aprueba el Reglamento financiero aplicable al presupuesto general de las Comunidades Europeas y, en particular, en su artículo 27.

se discutía sobre si los Estados miembros pueden supeditar la subvencionabilidad de los gastos a que se efectúen después de haber sido aprobada la solicitud de ayuda. Como señala el Abogado General y confirma el Tribunal en su Sentencia, el marco legal para el Fondo europeo en cuestión reconoce que una condición temporal puede estar justificada con el fin de garantizar una buena gestión financiera de los recursos del FEADER. En este sentido, se concluye que el Derecho de la UE no se opone a una normativa nacional, como la controvertida en el litigio referido, en virtud de la cual sólo podrán beneficiarse de la contribución del FEADER a la cofinanciación de una operación seleccionada por la autoridad de gestión del programa de desarrollo rural en cuestión o bajo la responsabilidad de ésta los gastos efectuados después de la adopción de la resolución de concesión de dicha ayuda (26).

V. LA RESPONSABILIDAD EN LA GESTIÓN COMPARTIDA DE LOS FONDOS

Junto al principio básico del partenariado como eje de la programación se proclama el principio de gestión compartida, por el que los Estados miembros y la Comisión serán responsables de la gestión y el control de programas con arreglo a sus responsabilidades respectivas establecidas en el Reglamento financiero y las normas específicas de los Fondos (27), al igual que han compartido responsabilidades en la programación (28).

El principio de gestión compartida se recoge en el artículo 59 del Reglamento financiero que afirma que, cuando la Comisión ejecute el presupuesto en régimen de gestión compartida, se delegarán en los Estados miembros competencias de ejecución.

(26) Apartados 47 y 55 de las Conclusiones del AG en el asunto C-111/15, ECLI:EU:C:2016:280, y apartado 45 de la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 7 de julio de 2016, *Občina Gorje contra Republika Slovenija*, asunto C-111/15, ECLI:EU:C:2016:532.

(27) Véase el artículo 73 del Reglamento (UE) n° 1303/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de diciembre de 2013, 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 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, y se deroga el Reglamento (CE) n° 1083/2006 del Consejo, DOCE L 347, 20.12.2013.

(28) Básicamente, cada periodo de programación cuenta con un marco estratégico a nivel de la Unión para encuadrar las inversiones de los fondos y los programas en el contexto de un marco financiero plurianual. Respecto al proceso de programación de los fondos europeos en el Reino de España, véase: M. MUÑOZ MARTÍNEZ (2017, p. 73).

Sintetiza Fuentetaja que jurídica y materialmente, los Estados miembros serán los responsables de elaborar y ejecutar los programas y la Comisión, al respecto, tiene atribuidas las funciones de aprobación última de los programas y de supervisión y control de su ejecución (29).

A fin de garantizar que los Fondos Estructurales se utilicen de forma eficaz y regular, los Estados miembros están obligados, por el principio de buena gestión financiera, a instaurar sistemas de gestión y de control capaces de garantizar que el beneficiario de los fondos cumpla las obligaciones que le dan derecho a percibir la ayuda prevista de conformidad con el Derecho de la Unión y con el Derecho nacional aplicable (30).

Esta obligación fue refrendada por el Tribunal en el asunto *Baltlanta* en un pleito en el que se dilucidaba si los sistemas de gestión y control relacionados con la aplicación de un programa operativo debían incluir procedimientos que permitiesen garantizar que los servicios cofinanciados respetasen las normas nacionales y las entonces comunitarias en vigor (31).

En este contexto, el legislador europeo ha establecido que los Estados miembros cumplirán las obligaciones de gestión, control y auditoría, y asumirán las responsabilidades que de ellas se deriven, establecidas en las normas sobre gestión compartida que contengan el Reglamento Financiero y las normas específicas de los Fondos (32).

(29) J. FUENTETAJA PASTOR (2017, p. 28).

(30) Apartado 109 de la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Sala Segunda) de 12 de diciembre de 2007, República Italiana contra Comisión de las Comunidades Europeas, asunto T-308/05, Rec. 2007 II-05089, ECLI:EU:T:2007:382).

(31) Véase, a este respecto, la sentencia *Baltlanta* en la que el Tribunal de Justicia se refirió expresamente al artículo 4 del Reglamento (CE) n.º 438/2001 de la Comisión, de 2 de marzo 2001, por el que se establecen disposiciones de aplicación del Reglamento (CE) n.º 1260/1999 en relación con los sistemas de gestión y control de las ayudas otorgadas con cargo a los Fondos Estructurales (DO L 63, p. 21). Dicho artículo 4 precisaba de forma muy clara que los sistemas de gestión y control relacionados con la aplicación de un programa operativo debían incluir procedimientos que permitiesen garantizar que los servicios cofinanciados respetasen las normas nacionales y comunitarias en vigor relativas, en particular, a la subvencionabilidad de los gastos para la ayuda procedente de los Fondos Estructurales en virtud de la intervención de que se trate y las normas relativas a los contratos públicos. Derogados los Reglamentos nos 1260/1999 y 438/2001 por el Reglamento n.º 1083/2006, tales normas figuran ahora en los artículos 60 y 61 de este último. [Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 3 de septiembre de 2014, «*Baltlanta*» UAB contra Lietuvos valstybė, asunto C-410/13, ECLI:EU:C:2014:2134].

(32) En el marco legislativo en vigor en este periodo de programación, los artículos 4.8, 72 y 74 del Reglamento 1303/2013 recogen las obligaciones de los Estados miembros en el marco de la gestión compartida [Reglamento (UE) n.º 1303/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de diciembre de 2013, 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 Desarrollo Rural y al Fondo Europeo Marítimo y

De este modo, se deberá regular a escala nacional el funcionamiento de los sistemas de gestión y control de los programas y se deberá garantizar la puesta en práctica de medidas eficaces para el examen de las reclamaciones relacionadas con los Fondos EIE. Esto es, los Estados asumen el principal protagonismo competencial en lo relativo a la ejecución de los Fondos, atribuyéndoles la legislación europea las responsabilidades correspondientes de gestión, control y auditoría. Sin embargo, apunta Fuentetaja, la legislación europea no se limita a esa atribución sino que también establece un régimen jurídico para su ejercicio que, pese a no ser exhaustivo, sí condiciona organizativa y procedimentalmente el estricto régimen jurídico nacional que cada Estado establezca para ejecutar los Fondos Europeos (33).

En materia de fondos europeos, se puede tomar como referencia la reflexión que hace Bianchi respecto a la Política Agrícola Común, donde los Estados actúan bajo la dirección, supervisión y control de la Comisión aunque sin tener una vinculación jerárquica directa con la Comisión (34).

Respecto a las correcciones financieras efectuadas por los Estados miembros, el artículo 143 del Reglamento horizontal, en adelante el Reglamento horizontal, dispone que los Estados miembros serán los responsables en primera instancia de investigar las irregularidades, efectuar las correcciones financieras necesarias y recuperar los importes indebidos. En caso de irregularidad sistémica, el Estado miembro deberá ampliar su investigación para abarcar todas las operaciones que puedan estar afectadas. En particular, señala el legislador europeo que los Estados miembros efectuarán las correcciones financieras necesarias en relación con las irregularidades esporádicas o sistémicas detectadas en las operaciones o los programas operativos. Estas correcciones financieras consistirán en anular la totalidad o parte de la contribución pública a una operación o un programa operativo. Los Estados miembros deberán tener en cuenta la naturaleza y la gravedad de las irregularidades y las pérdidas financieras que estas acarreen a los Fondos o el FEMP, y realizar una corrección proporcionada.

La autoridad de gestión deberá anotar en las cuentas las correcciones financieras correspondientes al ejercicio contable en el que se decida la anulación. Esto se entiende porque, en este contexto, como se examina seguidamente, ha de recordarse que las intervenciones de los Fondos Estructurales son objeto de una gestión descentralizada, que sitúa en primera línea a las autoridades de los Estados miembros y a los organismos intermediarios designados por éstos.

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, y se deroga el Reglamento n.º 1083/2013 (DO 2013, L 347, p. 320; corrección de errores en DO 2016, L 200, p. 140)].

(33) J. FUENTETAJA PASTOR (2017, p. 30).

(34) D. BIANCHI, D. (2012, p. 40).

De acuerdo con el artículo 73 del Reglamento horizontal, el Estado miembro debe, al establecer los sistemas de gestión y control, describir las funciones de cada organismo que participe en la gestión y el control y asignar las funciones en el seno de cada organismo, así como observar el principio de separación de funciones entre dichos organismos y en el seno de cada uno de ellos.

Así, cuando el Estado miembro efectúa la corrección, se beneficia de su diligencia en la gestión del fondo porque, el legislador europeo ha articulado un sistema por el que podrá reutilizar la contribución de los Fondos o el FEMP anulada dentro del programa operativo de que se trate, siempre que se cumplan una serie de condiciones (35).

Apunta Fuentetaja que, para evitar la laxitud de los Estados al cumplir esta obligación y si la posible corrección financiera posterior por la Comisión no fuere disuasoria, el legislador europeo pretende incentivar la diligencia nacional al llevar a cabo los controles y las correcciones financieras, permitiendo al Estado reutilizar la contribución objeto de corrección nacional dentro del programa operativo en cuestión, siempre que no se trate de las operaciones concretas (proyectos, contratos, subvenciones, etc.) que dieron lugar a dicha corrección (art. 143 Reglamento 1303/2013) (36).

VI. LA RESPONSABILIDAD DE LOS ESTADOS MIEMBROS EN MATERIA DE FONDOS EUROPEOS Y DE INVERSIÓN

1. Las funciones de gestión y de control de los fondos

Como ha señalado reiteradamente el Tribunal de Justicia de la UE, la gestión de la financiación del Fondo descansa principalmente en las administraciones nacionales encargadas de velar por el estricto respeto de las normas de la Unión y se basa en la confianza entre las autoridades nacionales y las autoridades de la Unión. Tan sólo el Estado miembro está en condiciones de conocer y determinar con precisión los datos necesarios para la elaboración de las cuentas del Fondo, ya que la Comisión no goza de la inmediatez necesaria para obtener de los agentes económicos la información que necesita (37).

(35) La contribución anulada no podrá reutilizarse para ninguna operación objeto de la corrección ni, en el caso de una corrección financiera relacionada con una irregularidad sistémica, para ninguna operación afectada por esta irregularidad

(36) J. FUENTETAJA PASTOR (2015, p. 521).

(37) Sentencia del Tribunal General (Sala Segunda) de 4 de septiembre de 2015, Reino Unido de Gran Bretaña y de Irlanda del Norte contra Comisión Europea, Asunto T-245/13, ECLI:EU:T:2015:595 Apartado 67. Véanse, en este sentido, las sentencias citadas por el Tribunal de 7 de octubre de 2004, España/Comisión, C-153/01, Rec, EU:C:2004:589, apartado 133 y la jurisprudencia citada, y Austria/Comisión, citada en el apartado 64 supra, EU:T:2009:305, apartado 182

En este contexto, ya se ha señalado que las intervenciones de los Fondos Estructurales son objeto de una gestión descentralizada, que sitúa en primera línea a las autoridades de los Estados miembros y a los organismos intermediarios designados por éstos. Por eso, los Estados miembros deben adoptar las medidas oportunas para garantizar el establecimiento y funcionamiento adecuados de sus sistemas de gestión y control, a fin de ofrecer garantías del uso legal y regular de los Fondos europeos estructurales y de inversión.

En nuestro ámbito, la Comisión realiza las auditorías, principalmente, sobre los 18 organismos pagadores en España y en algunas ocasiones sobre los 18 organismos de certificación de las cuentas de los organismos pagadores. El espectro de organismos pagadores y de certificación es muy amplio y debería poner en cuestión la eficiencia en el uso de los recursos humanos y materiales de las Administraciones estatal y autonómicas o, al menos, debería invitar a realizar un análisis del nivel de eficacia alcanzado con dicho despliegue de organismos a la luz del gran número de correcciones financieras efectuadas ejercicio tras ejercicio por la Comisión europea.

En este sentido, se critica por la doctrina la sobrerregulación que, en materia de fondos, produce la aplicación del principio de gestión compartida en el Reino de España (38).

En cuanto a los sistemas de gestión y de control, el legislador europeo a determinado un conjunto de mínimos de carácter indispensable recogidos en el artículo 73 del Reglamento 1303/2013, entre las que se pueden destacar la designación de los organismos de gestión y de control, sus funciones respectivas, los procedimientos a respetar y los sistemas informáticos que garanticen el funcionamiento del sistema, el almacenamiento y seguimiento de datos, la presentación de informes y los sistemas de auditoría adecuados (39).

Como se deduce de lo expuesto, la gestión de los fondos implica ante todo una labor de control con carácter general. Es más, esta garantía de con-

(38) A.B. SANZ (2017, P. 165)

(39) Así, de conformidad con el precepto citado, el Estado miembro debe, al establecer los sistemas de gestión y control: describir las funciones de cada organismo que participe en la gestión y el control y asignar las funciones en el seno de cada organismo; observar el principio de separación de funciones entre dichos organismos y en el seno de cada uno de ellos; establecer procedimientos que garanticen la exactitud y regularidad del gasto declarado; contar con sistemas informáticos para la contabilidad, para el almacenamiento y la transmisión de los datos financieros y los datos sobre indicadores y para el seguimiento y la presentación de informes; contar con sistemas de presentación de informes y seguimiento cuando el organismo responsable confíe la ejecución de tareas a otro organismo; establecer medidas para auditar el funcionamiento de los propios sistemas de gestión y control; contar con sistemas y procedimientos que garanticen una pista de auditoría adecuada; y disponer lo necesario para prevenir, detectar y corregir las irregularidades, incluido el fraude, y recuperar los importes pagados indebidamente, junto con los posibles intereses de demora correspondientes.

tol supone que debe existir una distribución regular de los controles no sólo en el momento de su término sino a lo largo de todo el desarrollo de dicha intervención (40).

Por ello, junto a las labores de gestión, se configuran en torno a la función de control un conjunto de obligaciones de seguimiento, de información, de reunión, de evaluación, de resolución de reclamaciones, y de recuperación de cantidades que conforman el marco de deberes de los Estados miembros en la gestión de los fondos.

Es de destacar que, junto a los preceptos reglamentarios relativos a los controles, éstos vienen definidos en directrices u orientaciones adoptadas, al modo de softlaw (41) por la Comisión con el fin de complementar lo dispuesto en la legislación de fondos (42). En estas Directrices, se distingue en materia de controles entre los fundamentales y los accesorios, teniendo diferente consecuencia financiera el incumplimiento o realización fuera de plazo de los mismos. Por ejemplo, en materia del fondo agrícola, los controles fundamentales vienen definidos en el anexo II de las Directrices VI/5330/97 y, siguiendo las citadas directrices, es un control fundamental deficiente el que no se realiza en plazo o aquel que es necesario realizar para determinar la elegibilidad del

(40) Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 3 de diciembre de 2015, República Italiana contra Comisión Europea, Asunto C-280/14 P. (Recurso de casación: asunto ante el Tribunal General T-117/10) ECLI:EU:C:2015:792, apartado 60.

(41) Al respecto del softlaw, véase: D. SARMIENTO (2006, p. 221).

(42) Describe Fuentetaja como la legislación europea impone a la Comisión la obligación de elaborar orientaciones no sólo con el objetivo de explicar el acceso a los Fondos sino también con la intención de conseguir una utilización eficaz de los mismos. Para ello, presentarán para cada objetivo temático una visión general de los instrumentos disponibles a nivel de la Unión con las fuentes de información detalladas, ejemplos de las buenas prácticas para combinar los instrumentos de financiación disponibles dentro y fuera de los ámbitos políticos, una descripción de las autoridades competentes y organismos involucrados en la gestión de cada instrumento y una lista de control para los posibles beneficiarios con objeto de ayudarles a identificar las fuentes de financiación más apropiadas (art. 13 Reglamento 1303/2013). Continúa dicho análisis Fuentetaja destacando que, en el seno de los Fondos Europeos, estas orientaciones internas han sido un recurso habitual por parte de la Comisión. Sin embargo, tanto la normativa actual como la correcta comprensión por parte de la Comisión de sus facultades normativas de naturaleza ejecutiva le han llevado a reconducir a los actos delegados o de ejecución aquellos elementos regulatorios incluidos en orientaciones internas que desarrollaban anteriormente aspectos apenas esbozados por el Legislador. Sólo la flexible y generosa interpretación de los Tribunales europeos permitía solventar el grave problema jurídico que planteaban, al considerarlas meras líneas de conducta dirigidas a los servicios administrativos de la Institución [España v. Comisión, 6 abril 2000 (C-443/97)], aunque la práctica reciente revela lo artificioso de tal construcción cuando cuestiones tan trascendentales, como los criterios para aplicar correcciones financieras por tipo fijo o por extrapolación, antes previstos en las orientaciones, se encuentran hoy día regulados en actos delegados (por ejemplo, el Reglamento Delegado 480/2014). Véase J. FUENTETAJA PASTOR (2015, p. 523).

gasto la aplicación de reducciones o penalizaciones. Junto a ello, se definen otros controles de carácter accesorio como puede ser la realización de un análisis de riesgos.

Estas Directrices son de referencia porque sirven a la Comisión para el cálculo de las correcciones y para fundamentar las Decisiones que se adoptan tras la finalización del procedimiento de liquidación de conformidad (43). Respecto a su valor jurídico, las Directrices se adoptan con un *disclaimer* del siguiente tenor: «*El presente documento expone la opinión de la Comisión sobre la interpretación de la base jurídica aplicable al cálculo de las correcciones financieras enmarcadas en los procedimientos de liquidación de conformidad y de liquidación financiera de cuentas. El documento solo tiene por objeto ofrecer orientaciones de carácter general y no es por tanto jurídicamente vinculante. No puede de ninguna modo sustituir a las disposiciones reglamentarias ni prejuzgar las decisiones del Tribunal de Justicia, que es el único órgano con atribuciones para pronunciarse de forma jurídicamente vinculante sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones comunitarias. El documento, por lo demás, insiste en el hecho de que son los Estados miembros los que tienen la responsabilidad de aplicar correctamente la normativa agraria*» (44).

En materia de controles, en el gasto agrícola, cabe la sustitución de controles sobre la explotación por controles administrativos o en empresas, siempre que el Estado miembro garantice una eficacia equivalente, aunque no puede ser el caso de la condicionalidad de las ayudas agrarias porque, en ocasiones, se hace necesario el control in situ. Este aspecto ha sido objeto de especial atención por el Tribunal en un caso de deficiencias en los controles in situ (controles de identificación de ganado bovino) en el marco de unas medidas de ayuda al desarrollo rural en Francia (45).

(43) En sentido amplio, el Derecho de la UE se nutre de numerosas fuentes que escapan del clásico concepto de legislación. El acervo está tremendamente influenciado por otros tipos o géneros de normas, resultado interno del llamado 'informal policy making' como son las directrices, las normas e informes de las agencias, etc., así como por la proliferación de instrumentos de softlaw (códigos o recomendaciones) o por las llamadas referencias de interconexión con las normas internacionales (las llamadas *dynamic references* a normas o standards internacionales como el Codex Alimentarius) o códigos sectoriales (tipo entidades de certificación y control) en la propia legislación europea. Estas situaciones no son puntuales ni accesorias. Por ello, cabe plantearse si las mismas ponen en duda el propio devenir del proceso de toma de decisión en la UE que, tras las sucesivas reformas de los Tratados, que ha situado al Parlamento Europeo en el centro del proceso legislativo de la UE para incrementar la participación, la transparencia y el control sobre el proceso de toma de decisión en la UE (J. GUILLEM CARRAU [2014, p. 49).

(44) COM (2015) 3675 final. DOUE L 138, 13.5.2014

(45) «...il a été démontré que le système de contrôles sur place à effectuer en vertu des articles 12 et suivants du règlement n° 1975/2006 est un système autonome, indépendant des

En cualquier caso, el control implica también que los Estados deben efectuar correcciones financieras consistentes en la supresión total o parcial de la participación europea ya que si no lo efectúa corre el riesgo de que quien lo realice sea la propia Comisión. Además, es jurisprudencia consolidada que no se puede justificar los retrasos en los controles en las carencias y las debilidades de los controles administrativos, como afirmó el Tribunal en el caso de los deficientes controles in situ y cruzados de la Administración griega sobre la determinación de la superficie máxima elegible para ayudas con cargo al FEAGA y al Feader (46).

Debe valorarse que los Estados miembros o dichos organismos intermedarios asumen en consecuencia una obligación de información y de lealtad, que les exige asegurarse de que proporcionan a la Comisión información fiable que no pueda inducirla a error, pues de otro modo el sistema de control y comprobación establecido para verificar si se han cumplido los requisitos de concesión de la ayuda no podría funcionar correctamente. Esta afirmación debe deducirse de la misma ratio por la que, según jurisprudencia consolidada, a los solicitantes y los beneficiarios de ayudas se les atribuye una obligación de información y de lealtad, «...que les exige asegurarse de que proporcionan a la Comisión información fiable que no pueda inducirla a error, pues de otro modo el sistema de control y comprobación establecido para verificar si se han cumplido los requisitos de concesión de la ayuda no podría funcionar correctamente (sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 12 de octubre de 1999, *Conserve Italia/Comisión*, T-216/96, Rec. p. II-3139, apartado 71). Sin información fiable, podrían recibir ayudas proyectos que no cumplen los requisitos exigidos (sentencia de 12 de octubre de 1999, *Conserve Italia/Comisión*, antes citada, apartado 71)» (47).

contrôles sur place effectués dans le cadre de la gestion de l'identification bovine ou des primes bovines et que, par conséquent, les contrôles sur place déjà effectués aux fins de l'identification animale ou des primes bovines ne sauraient dispenser les autorités françaises de procéder aux contrôles sur place prévus par les articles 12 et suivants du règlement n° 1975/2006». Sentencia del Tribunal General (Sala Novena) de 30 de abril de 2015, República Francesa contra Comisión Europea, Asunto T-259/13, ECLI:EU:T:2015:250, apartado 113.

(46) «Partant, la Commission a considéré à juste titre que les carences et les faiblesses dans les contrôles administratifs, sur place et croisés, confirmaient les erreurs commises dans la détermination de la superficie maximale éligible et a appliqué de façon correcte une correction financière de 5%, à savoir la correction la plus faible appliquée en cas de carence constatée dans un contrôle clé». Apartados 27 y 207 de la Sentencia del Tribunal General (Sala Séptima) de 17 de mayo de 2013, República Helénica contra Comisión Europea, asunto T-294/11 (Recurso de casación: asunto ante el Tribunal de Justicia C-391/13 P), ECLI:EU:T:2013:261.

(47) Apartado 93 de la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Sala Tercera) de 17 de octubre de 2002, *Astípesca SL* contra Comisión de las Comunidades Europeas, asunto T-180/00, Rec. 2002 II-03985, ECLI:EU:T:2002:249 y jurisprudencia citada).

Asimismo, gestionar implica asegurar la permanencia de las inversiones realizadas. Por ello, la función de control abarca también la necesidad de comprobar que las operaciones participadas con fondos no sufren modificaciones importantes durante 5 años. Es un ejemplo clásico en este tema, el asunto del dique del puerto de Ancona. En este caso, relativo a la cesión a un tercero de un dique financiado con fondos europeos, el Tribunal ha señalado claramente que el concepto «modificaciones» comprende tanto aquellas que se producen en la realización de una obra como las operadas posteriormente, en particular durante la gestión de ésta, *«siempre y cuando tales modificaciones tengan lugar durante el plazo de cinco años establecido en dicha disposición (para. 29)»*. En este sentido, tanto el supuesto de una modificación física, cuando la obra realizada no es conforme con lo previsto en el proyecto financiado, como el supuesto de una modificación funcional, teniendo en cuenta que, en caso de modificación consistente en la utilización de una obra para actividades distintas de las inicialmente previstas en el proyecto financiado, el Tribunal sostiene que *«... tal modificación debe poder mermar de manera significativa la capacidad de la operación de que se trate para alcanzar el objetivo que le fue asignado»* (48).

Con carácter específico, la labor de gestión lleva igualmente consigo la obligación de investigar irregularidades partiendo de que, como comportamiento irregular se entiende asimismo el comportamiento de fraude según aparece definido en el Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas (49).

2. La obligación de recuperar los fondos perdidos por abuso y negligencia

Tomando como ejemplo los fondos europeos dedicados a la política de desarrollo rural, en materia de gestión, el propio Tribunal Europeo de Cuentas

(48) Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 14 de noviembre de 2013. Comune di Ancona contra Regione Marche. Asunto C-388/12, ECLI:EU:C:2013:734.

(49) Acto del Consejo, de 26 de julio de 1995, por el que se establece el Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas (DO C 316 de 27.11.1995, pp. 48-57) El Convenio diferencia entre el fraude en materia de gastos y el fraude en materia de ingresos. Algunos ejemplos de fraude en materia de gastos son todo acto u omisión intencional como: la utilización o presentación de declaraciones o documentos falsos que resulte en la percepción o retención indebida de fondos procedentes del presupuesto de la UE; la no comunicación de una información que viole una obligación específica que tenga el mismo efecto; o la aplicación indebida de tales fondos para fines distintos de aquellos para los que fueron concedidos inicialmente.

sostiene que la lucha contra el fraude sigue ocupando un lugar destacado, a la vista del elevado porcentaje de error que existe (50).

En la misma línea, el Tribunal de Justicia ha indicado, basándose en el artículo 325 TFUE, que los Estados miembros estaban obligados a adoptar, para combatir el fraude que afecte a los intereses financieros de la Unión, las mismas medidas que para combatir el fraude que afecte a sus intereses propios (51).

La jurisprudencia europea ha identificado que la obligación de recuperar los fondos perdidos por abusos o negligencia corresponde al Estado miembro, sin que sea necesario que el Derecho nacional establezca una habilitación. Además, la circunstancia de que el Estado miembro haya reembolsado a la Comunidad no le exime, de por sí, de proceder a la recuperación de dichos fondos como quedó claramente determinado en el asunto *Nationaal Overlegorgaan Sociale Werkvoorziening* (52). En este asunto, se pleiteó sobre un proyecto denominado «Formación de beneficiarios de empleo social» del que no se había presentado ninguna declaración final exacta y coherente y no se había efectuado ninguna síntesis de los efectos de la acción. El Tribunal fue claro al determinar que la obligación de recuperar los fondos perdidos por abusos o negligencia corresponde al Estado en los términos ya señalados.

Hay que tener en cuenta con carácter previo que la aplicación del Derecho nacional no puede menoscabar ni la aplicación ni la eficacia del Derecho europeo. Por eso, la jurisprudencia se opone a una aplicación de los principios

(50) Informe Especial nº 23 del Tribunal de Cuentas Europeo titulado «Errores en el gasto en desarrollo rural: ¿cuáles son sus causas y cómo se están abordando?», 2014, punto 12. En lo referente al período de programación correspondiente a los años 2007 a 2013, se ha estimado un porcentaje medio de error para los gastos soportados en materia de desarrollo rural del 8,2%.

(51) Añade el Tribunal que «...Por consiguiente, y habida cuenta de los objetivos que persigue el Reglamento nº 2988/95, cuando el legislador de la Unión no ha adoptado ninguna normativa sectorial que proteja los intereses financieros de la Unión frente al comportamiento de determinados agentes, los Estados miembros pueden mantener o adoptar disposiciones en dicho ámbito y contra los referidos agentes, siempre que éstas resulten necesarias para luchar contra el fraude y respeten los principios generales del Derecho de la Unión, en particular el de proporcionalidad, así como las normas generales definidas en el referido Reglamento y posibles normativas sectoriales de la Unión aplicables a otros agentes» [apartado 40 de la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 28 de octubre de 2010, *Belgisch Interventie- en Restitutiebureau* contra *SGS Belgium NV* y otros, asunto C-367/09, Rec. 2010 I-10761, ECLI:EU:C:2010:648].

(52) Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 13 de marzo de 2008, *Vereniging Nationaal Overlegorgaan Sociale Werkvoorziening* (C-383/06) y *Gemeente Rotterdam* (C-384/06) contra *Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid* y *Sociaal Economische Samenwerking West-Brabant* (C-385/06) contra *Algemene Directie voor de Arbeidsvoorziening*, asuntos acumulados C-383/06 a C-385/06, ECLI:EU:C:2008:165.

de seguridad jurídica y de protección de la confianza legítima reconocidos en el Derecho nacional de un Estado miembro que lleve a desistir de recuperar los fondos indebidamente pagados cuando el beneficiario no actúa de buena fe (53).

3. El respeto a las normas de contratación pública

Por el principio de buena gestión financiera y con el objetivo de reducir los márgenes de riesgos financieros y errores presupuestarios, mención singular exige el respeto a las normas de contratación pública en materia de fondos europeos y la responsabilidad de las Administraciones Públicas en este campo (54).

Como ha destacado la jurisprudencia europea, el Derecho de la Unión no se opone a la adjudicación sin licitación de una concesión de servicio público relativa a una obra, siempre y cuando dicha adjudicación responda al principio de transparencia, cuyo respeto, sin implicar necesariamente la obligación de convocar una licitación, debe permitir a una empresa establecida en el territorio de un Estado miembro distinto del de la autoridad concedente tener acceso a la información adecuada relativa a dicha concesión antes de su adjudicación, de forma que, de haberlo deseado, la citada empresa habría estado en condiciones de manifestar su interés por obtener tal concesión, circunstancia que corresponde verificar al *órgano jurisdiccional remitente* (55).

En cierta manera, el Tribunal de Justicia viene a confirmar que puesto que los Fondos estructurales no pueden servir para financiar acciones ejecutadas con infracción de la normativa europea de contratación pública, ni tampoco de la normativa nacional. Según el principio *fraus omnia corrumpit*, la infracción de la normativa nacional implicará que la operación no pueda recibir financiación europea «...los Estados miembros tienen, por tanto, la obligación de poner fin total o parcialmente a la financiación europea cuando comprueben incumplimientos en la aplicación de la normativa de la Unión o de la legislación nacional, ya que la compatibilidad de la operación con las disposiciones

(53) Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 21 de septiembre de 1983, Deutsche Milchkontor GmbH y otros contra República Federal de Alemania, asuntos acumulados 205 a 215/82, ECLI:EU:C:1983:233, y en la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 19 de septiembre de 2002, Republik Österreich contra Martin Huber, asunto C-336/00, ECLI:EU:C:2002:509. Entre otros, véase:

(54) D. ORDÓÑEZ (2017, p. 119).

(55) Apartado 52 de la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 14 de noviembre de 2013. Comune di Ancona contra Regione Marche. Asunto C-388/12, ECLI:EU:C:2013:734.

comunitarias y nacionales aplicables es un requisito para que la operación pueda acceder a financiación» (56).

Por ejemplo, la vulneración por el beneficiario de una ayuda FEDER, en su calidad de entidad adjudicadora, de las reglas de adjudicación de contratos públicos de servicios a efectos de la realización de la acción subvencionada se considera que da lugar a un gasto indebido. Este gasto indebido perjudica al presupuesto de la Unión, incluso si las irregularidades no tienen un impacto económico preciso, pueden menoscabar seriamente los intereses financieros de la Unión (57).

En suma, este punto de vista debe mantenerse sistemáticamente incluso cuando, por ejemplo, se da una situación en la que se concedió una subvención cuyo beneficiario había decidido con carácter previo a qué prestador encargaría la realización de la acción subvencionada (58).

VII. LA CORRECCIÓN FINANCIERA COMO RESPONSABILIDAD DE LA COMISIÓN

Cuando se trata de gestión compartida, el legislador europeo ha determinado que la Comisión tiene la obligación no sólo de cerciorarse de que los Estados miembros hayan establecido los sistemas de gestión y control de conformidad con las disposiciones del Reglamento Financiero y las reglas específicas en la materia sino también de que éstos funcionan eficazmente durante la ejecución de los programas.

Esta responsabilidad de la Comisión se recoge en el artículo 75 del Reglamento horizontal que afirma que, a tal efecto, se podrán practicar auditorias o comprobaciones por los funcionarios o representantes autorizados de la Comisión sobre el terreno siempre que avisen con una antelación mínima de doce días laborables a la autoridad nacional competente, excepto en casos urgentes.

Dispone el legislador europeo que los funcionarios o los representantes autorizados de la Comisión, debidamente facultados para realizar auditorías

(56) Conclusiones del AG en asuntos acumulados C-260/14 y C-261/14, ECLI:EU:C:2016, apartado 81 y subsiguiente Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 26 de mayo de 2016, Județul Neamț y Județul Bacău contra Ministerul Dezvoltării Regionale și Administrației Publice, asuntos acumulados C-260/14 y C-261/14, ECLI:EU:C:2016:360.

(57) Véase la sentencia de 15 de septiembre de 2005, Irlanda/Comisión, C-199/03, Rec. p. I-8027, apartado 31).

(58) Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 21 de diciembre de 2011, Ministre de l'Intérieur, de l'Outre-mer, des Collectivités territoriales et de l'Immigration contra Chambre de commerce et d'industrie de l'Indre, asunto C-465/10, Rec. 2011 I-14081, ECLI:EU:C:2011:867, apartado 49.

o comprobaciones sobre el terreno, tendrán acceso a todos los registros, documentos y metadatos necesarios, cualquiera que sea el medio en que estén almacenados, relacionados con operaciones financiadas por los Fondos EIE o con los sistemas de gestión y control. Asimismo, se establece que los Estados miembros proporcionarán a la Comisión copias de esos registros, documentos y metadatos si así se les solicita. En el apartado tercero del artículo 73 del citado Reglamento, se proclama que la Comisión podrá exigir a un Estado miembro que emprenda las acciones necesarias para garantizar el funcionamiento efectivo de sus sistemas de gestión y control o la exactitud del gasto conforme a las normas específicas de los Fondos.

Asimismo, el legislador europeo determina los elementos básicos que habilitan a la Comisión para hacer uso de la potestad de realizar correcciones financieras (art. 85 y 144 del Reglamento horizontal) que pueden resumirse en que debe tratarse de un incumplimiento del derecho aplicable y en que la corrección financiera lo será en relación con gastos que se hayan declarado a la Comisión (59).

En este contexto reglamentario encuentra sentido el proceso de correcciones financieras. En todo caso, las correcciones financieras no deben aplicarse cuando los objetivos no se hayan logrado como consecuencia del impacto de factores socioeconómicos o medioambientales o de cambios significativos en las condiciones económicas o medioambientales de un Estado miembro, o por razones de fuerza mayor que afecten gravemente a la aplicación de las prioridades de que se trate. Los indicadores de resultados no deben tenerse en cuenta a efectos de suspensiones o correcciones financieras.

(59) «La Comisión, mediante actos de ejecución, efectuará correcciones financieras anulando la totalidad o parte de la contribución de la Unión a un programa operativo de conformidad con el artículo 85 cuando, una vez efectuado el examen necesario, concluya que:

a) existe una deficiencia grave en el funcionamiento efectivo del sistema de gestión y control del programa operativo que supone un riesgo para la contribución de la Unión ya pagada a este;

b) el Estado miembro no ha cumplido sus obligaciones en virtud del artículo 143 antes de iniciarse el procedimiento de corrección conforme al presente apartado;

c) el gasto incluido en una solicitud de pago es irregular y no ha sido corregido por el Estado miembro antes de iniciarse el procedimiento de corrección conforme al presente apartado.

La Comisión basará sus correcciones financieras en las irregularidades concretas detectadas y sopesará si una irregularidad es sistémica. Cuando no sea posible cuantificar el importe de gasto irregular cargado a los Fondos o al FEMP, la Comisión aplicará un tipo fijo o una corrección financiera extrapolada» [art. 144.1 Reglamento (UE) 1303/2013].

1. El procedimiento de las correcciones financieras

Concretamente, el proceso para llevar a cabo una corrección financiera se encuentra regulado en el artículo del artículo 145 del Reglamento horizontal y en un conjunto de normas específicas según el fondo de que se trate. En este precepto se contiene el procedimiento por el que, antes de adoptar una decisión relativa a una corrección financiera, la Comisión ha de constatar que se ha producido un perjuicio financiero al presupuesto de la UE.

De este modo, la regulación establecida en el artículo 145 del Reglamento horizontal se completa con un complejo entramado reglamentario que se concreta en los siguientes preceptos según la materia: Para el procedimiento de liquidación de conformidad: el artículo 52 del Reglamento (UE) n° 1306/2013, el artículo 12 del Reglamento (UE) n° 907/2014 y el artículo 34 del Reglamento (UE) n° 908/2014; para el procedimiento de liquidación financiera: el artículo 51 del Reglamento (UE) n° 1306/2013; para los sistemas de control de la condicionalidad: el título VI del Reglamento (UE) n° 1306/2013 y el título IV del Reglamento (UE) n° 640/2014; para las deficiencias registradas en los criterios de autorización: el artículo 2 del Reglamento (UE) n° 908/2014; para los controles a posteriori: el capítulo III del título IV del Reglamento (UE) n° 1306/2013; para las deficiencias en la gestión de la deuda: los artículos 54, 55 y 56 del Reglamento (UE) n° 1306/2013; y para las decisiones de los servicios de la Comisión de no iniciar o de no proseguir un procedimiento de liquidación de conformidad; el artículo 35 del Reglamento (UE) n° 908/2014.

A) Inicio del procedimiento

Así, las correcciones se aplican en el marco del procedimiento de liquidación de conformidad porque habitualmente el descubrimiento de las irregularidades se realiza cuando el ejercicio presupuestario ha concluido. Se procedería a una liquidación contable si la irregularidad fuera descubierta en el ejercicio presupuestario in curso.

Se trata de un proceso singular porque los beneficiarios o incluso los organismos intermedios no son parte del procedimiento y, como señala Fuentetaja, no pueden exigir ningún derecho de defensa (60).

En cuanto a su inicio, el procedimiento de liquidación de conformidad se inicia en razón de los siguientes tipos de deficiencias: las detectadas por las auditorías de la Comisión en los sistemas de gestión y control para la verificación de la legalidad y regularidad de las operaciones financiadas por el FEAGA y el FEADER; las de los sistemas de control de la condicionalidad y las de

(60) J. FUENTETAJA PASTOR (2015, p. 539).

los organismos pagadores en el cumplimiento de los criterios de autorización, así como por las de los controles a posteriori. Por último, el procedimiento de liquidación de conformidad se puede iniciar también por las deficiencias de la función de gestión de la deuda.

Por ejemplo, en el caso de los fondos agrícolas, la Comisión Europea realiza visitas a los beneficiarios de las ayudas y verifica que todos los organismos implicados en la gestión y control de los fondos han puesto los medios necesarios acorde a la normativa de la UE. En nuestro ámbito, la Comisión realiza las auditorías, principalmente, sobre los 18 organismos pagadores en España y en algunas ocasiones sobre los 18 organismos de certificación de las cuentas de los organismos pagadores. Después, la Comisión envía una «Carta de observaciones» en la que comunica las anomalías detectadas durante la visita, si las hubiese. Con esta carta de observaciones se inicia el denominado procedimiento de liquidación de conformidad donde la Comisión comprueba que algún gasto FEAGA no se ha efectuado de conformidad con la legislación de la UE y en el caso de FEADER con la legislación de la UE y/o nacional.

B) Conclusiones provisionales y audiencias al Estado

La Comisión debe iniciar el procedimiento informando al Estado miembro de las conclusiones provisionales de su examen y solicitándole que remita sus observaciones en el plazo de dos meses. En este sentido, se requiere que las deficiencias de ejecución de los fondos estén claramente identificadas y comunicadas previamente por la Comisión sin que el Estado miembro haya aplicado las medidas correctivas adecuadas. Cuando todo esto consta en el expediente, la Comisión debe poder suspender los pagos al programa o, al final del período de programación, aplicar las llamadas correcciones financieras (61).

Por ejemplo, cuando la Comisión proponga una corrección financiera por extrapolación o mediante un tipo fijo, se dará al Estado miembro la oportunidad de demostrar, a través de un examen de la documentación correspondiente, que el alcance efectivo de la irregularidad es inferior al estimado por la Comisión. De acuerdo con la Comisión, el Estado miembro podrá limitar el alcance de dicho examen a una proporción o una muestra adecuada de la documenta-

(61) Considerando 22 del Reglamento (UE) n.º 1303/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de diciembre de 2013, 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 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, y se deroga el Reglamento n.º 1083/2013 (DO 2013, L 347, p. 320; corrección de errores en DO 2016, L 200, p. 140).

ción correspondiente. La Comisión tomará en consideración cualquier prueba aportada por el Estado miembro dentro de los plazos mencionados. Si el Estado miembro no acepta las conclusiones provisionales de la Comisión, esta le invitará a una audiencia a fin de asegurarse de que se dispone de toda la información y todas las observaciones pertinentes que sirvan de base a dicha institución para sacar sus conclusiones sobre la aplicación de la corrección financiera. En caso de acuerdo, el Estado miembro podrá reutilizar los Fondos de que se trate de conformidad con el artículo 143, apartado 3 del Reglamento financiero.

Seguidamente a la recepción de la Carta de observaciones o de conclusiones, el Estado miembro responde a la Comisión mediante la notificación de las medidas correctoras pertinentes y la información que se estime necesaria para atenuar el nivel provisional de corrección financiera propuesto por la Comisión.

Tras este intercambio de misivas, se produce la llamada reunión bilateral o audiencia en la que básicamente se busca un punto de acuerdo respecto a las medidas correctivas y la evaluación del riesgo provocado a los fondos. De esta reunión se levanta un acta sobre la que el Estado miembro puede realizar observaciones con carácter previo a que la Comisión adopte su decisión final o remitir información adicional para que sea analizada por la Comisión.

C) Del intento de conciliación a la adopción de la decisión

Para tomar la decisión sobre la corrección financiera, la Comisión tendrá en cuenta toda la información y las observaciones presentadas por el Estado miembro. Si la audiencia no llega a producirse, el plazo de seis meses empezará a correr dos meses después de la fecha de la Carta de Observaciones o de Conclusiones.

Si no se llega a un acuerdo, existe la posibilidad de que los organismos pagadores soliciten la apertura de la llamada conciliación ante un órgano independiente de la Comisión, que está integrado por representantes expertos de varios Estados miembros. El informe de este órgano independiente no vincula a la Comisión pero puede tenerlo en cuenta antes de su posición final.

Tras la posición final de la Comisión y previa consulta en el Comité de Fondos se publicará en el Diario oficial de la Unión Europea, el acto de ejecución de la Comisión, la llamada «Decisión», para excluir de la financiación europea los gastos respecto de los cuales se incumplieron las normas. Esta Decisión es recurrible ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea para la anulación total o parcial del acto adoptado por la Comisión Europea pero la presentación del recurso no exime del pago de la corrección que deberá hacerse en todo caso en el periodo que determine la norma que regula el fondo.

En cualquier caso, si la Comisión, en el ejercicio de sus responsabilidades con arreglo al artículo 75 del Reglamento financiero, o el Tribunal de Cuentas Europeo detectan irregularidades que demuestran una deficiencia grave en el funcionamiento efectivo de los sistemas de gestión y control, la corrección financiera resultante reducirá la ayuda de los Fondos o del FEMP al programa operativo (62).

Por último, hay que tener en cuenta que la evaluación de las deficiencias graves en el funcionamiento efectivo de los sistemas de gestión y control se basará en el Derecho aplicable en el momento en que se presentaron las declaraciones de fiabilidad, los informes de control anual y los dictámenes de auditoría pertinentes.

2. Las patologías del procedimiento

A) El respeto a los plazos como muestra de diligencia de la Comisión Europea

La diligencia de la Comisión europea en la instrucción del procedimiento y su desarrollo es exigida hasta en materia de plazos por el Tribunal de Justicia, ya que la decisión que pone fin al proceso debe dictarse en plazo so pena de ser considerada inválida, por adolecer de un vicio sustancial de forma (63).

Es relevante señalar que el Tribunal ha exigido a la Comisión un nivel de diligencia administrativa mínimo a la hora de practicar las correcciones financieras. Como ya se ha citado anteriormente, la vulneración de las normas de procedimiento relativas a la adopción de un acto lesivo, como el hecho de que la Comisión no hubiera adoptado la decisión controvertida en el plazo

(62) Esto no se aplicará en caso de deficiencias graves en el funcionamiento efectivo de un sistema de gestión y control que, antes de la fecha de su detección por la Comisión o el Tribunal de Cuentas Europeo hayan sido identificadas en la declaración de fiabilidad, el informe de control anual o el dictamen de auditoría presentado a la Comisión de conformidad con el artículo 59, apartado 5, del Reglamento Financiero o en otros informes de auditoría de la autoridad de auditoría presentados a la Comisión y se hayan adoptado las medidas adecuadas; o hayan sido objeto de medidas correctivas adecuadas por parte del Estado miembro. En estos casos, la Comisión —oído el Estado afectado— puede suspender los pagos intermedios de los programas si se dan determinadas circunstancias reveladoras de incumplimientos, como deficiencias graves en el funcionamiento del sistema de gestión y control del programa o gastos vinculados a irregularidades (art. 142 Reglamento 1303/2013). Véase, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal General (Sala Octava) de 18 de junio de 2010, Gran Ducado de Luxemburgo contra Comisión Europea, asunto T-549/08. Rec. 2010 II-02477, ECLI:EU:T:2010:244.

(63) Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 4 de septiembre de 2014, Reino de España contra Comisión Europea, Asunto C-192/13 P (Recurso de casación: asunto ante el Tribunal General T-235/11), ECLI:EU:C:2014:2156, para. 82.

fijado por el legislador de la Unión, constituye un vicio sustancial de forma (64). En otras situaciones cuando el juez de la Unión comprueba, al examinar el acto de que se trate, que este último no ha sido regularmente adoptado, le corresponde extraer las consecuencias de la existencia de un vicio sustancial de forma y, en consecuencia, anular el acto afectado por dicho vicio (65). De esta manera, la Comisión no puede liberarse de su obligación de adoptar las decisiones por las que aplica correcciones financieras dentro de un plazo preestablecido si se abstiene de realizar los actos que sirven de punto de partida para el cómputo de dicho plazo (66).

Al tratarse en este caso de decisiones que tienen un impacto presupuestario notable, interesa tanto al Estado miembro afectado como a la Comisión que la finalización del procedimiento seguido en materia de corrección financiera sea previsible, lo que supone la fijación de un plazo preestablecido para la adopción de la decisión final. Procede asimismo señalar que el incumplimiento del plazo previsto para la adopción de una decisión por la que se aplica una corrección financiera no es compatible con el principio general de buena administración (67).

En todo caso, en el asunto *Sviluppo Italia Basilicata*, se afirma que el hecho de que la Comisión no haya señalado irregularidades en la ejecución de esa acción no puede considerarse que excluya o limite tal responsabilidad pues se estaría descargando al intermediario de toda responsabilidad por las irregularidades no señaladas por la Comisión durante la ejecución de la medida objeto de la ayuda financiera. No obstante, esa interpretación (la de la exclusión de responsabilidad) es incompatible con el objetivo de la normativa en la materia, que es garantizar el respeto eficaz de los requisitos de concesión de esa ayuda para las empresas afectadas (68).

(64) Entre otras, véase la Sentencia Reino Unido/Consejo, 68/86, EU:C:1988:85, apartados 48 y 49, *op. cit.*

(65) Apartado 103 de la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 4 de septiembre de 2014, Reino de España contra Comisión Europea, asunto C-192/13 P, ECLI:EU:C:2014:2156.

(66) Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 24 de junio de 2015. República Federal de Alemania contra Comisión Europea, Asuntos acumulados C-549/12 P y C-54/13 P. (Recurso de casación: asunto ante el Tribunal General T-265/08) ECLI:EU:C:2015:412.

(67) Sentencias España/Comisión, C-192/13 P, EU:C:2014:2156, apartado 88, y España/Comisión, C-197/13 P, EU:C:2014:2157, apartado 88).

(68) Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 25 de marzo de 2010, *Sviluppo Italia Basilicata SpA* contra Comisión Europea, asunto C-414/08 P, Recurso de casación: asunto ante el Tribunal General T-176/06), ECLI:EU:C:2010:165, apartado 102.

B) El respeto al principio de proporcionalidad por la Comisión Europea

La Comisión respetará el principio de proporcionalidad teniendo en cuenta la necesidad de evitar duplicidades injustificadas de auditorías o verificaciones realizadas por los Estados miembros, el nivel de riesgo para el presupuesto de la Unión y la necesidad de minimizar la carga administrativa de los beneficiarios con arreglo a las normas específicas de los Fondos. En el precepto citado se determina que las auditorías o comprobaciones podrán incluir, en particular, la verificación del funcionamiento efectivo de los sistemas de gestión y control en un programa o parte de él, o en operaciones, y la evaluación de la buena gestión financiera de las operaciones o los programas.

Para garantizar que cualesquiera correcciones financieras que la Comisión imponga a los Estados miembros guarden relación con la protección de los intereses financieros de la Unión, esas correcciones deben limitarse a aquellos casos en los que el incumplimiento del Derecho de la Unión o nacional aplicable con respecto a su aplicación afecte directa o indirectamente a la subvencionabilidad, la regularidad, la gestión o el control de las operaciones y el gasto correspondiente declarado a la Comisión. Para garantizar la proporcionalidad, es importante que la Comisión tenga en cuenta la naturaleza y la gravedad del incumplimiento y las repercusiones financieras relacionadas para el presupuesto de la Unión al decidir la aplicación y el importe de la corrección financiera. En función de ello, se señala por la Comisión europea que es necesario fijar los criterios para determinar graves deficiencias en el funcionamiento eficaz de los sistemas de gestión y control, definir los tipos principales de deficiencias y fijar los criterios para establecer el nivel de corrección financiera que habrá que aplicar y los criterios de aplicación de tipos fijos o correcciones financieras extrapoladas (69).

Como se ha señalado en apartados anteriores, la Comisión ha adoptado unas Directrices para calcular las correcciones financieras en el marco de los procedimientos de liquidación de conformidad y de liquidación financiera de cuentas que expone la opinión de la Comisión sobre la interpretación de la base jurídica aplicable al cálculo de las correcciones financieras, cuyo valor jurídico se ha descrito anteriormente.

(69) Considerando 34 del REGLAMENTO DELEGADO (UE) No 480/2014 DE LA COMISIÓN de 3 de marzo de 2014 que complementa el Reglamento (UE) no 1303/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo 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 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, DOUE L 138, 13.5.2014.

Como es jurisprudencia consolidada, dichas correcciones deben respetar el principio de proporcionalidad y el de cooperación de tal modo que la Comisión puede aplicarlas hasta que las autoridades nacionales adopten medidas correctivas adecuadas. La labor de corrección cierra el círculo de la prevención y la detección de irregularidades (70). De este principio, se deduce que la gravedad de las sanciones aplicadas en caso de violación deberá adecuarse a la gravedad de las irregularidades que pretenden corregir, garantizando, en particular, un efecto realmente disuasorio, respetando el principio general de proporcionalidad (71).

En algunos casos, las correcciones pueden ser calculadas por extrapolación de datos cuando no hay elementos fiables para determinar el riesgo, cuando el inspector no puede evaluar las pérdidas con la información del expediente. Esto es, se permite el recurso a medios estadísticos o la referencia a otros datos comprobables. En este punto, se plantea si se produce algún tipo de indefensión del Estado miembro y, sin perjuicio de otras opiniones, dicha indefensión no puede argumentarse si en el procedimiento seguido para concretar la corrección financiera se ha hecho constar claramente los requerimientos de información y consta en las actas de las reuniones mantenidas.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 31 del Reglamento Delegado (UE) n.º 480/2014, se aplicarán correcciones financieras extrapoladas para la totalidad o parte de un programa operativo, cuando la Comisión detecte

(70) La exigencia de proporcionalidad se desprende expresamente del artículo 35, apartado 3, del Reglamento Delegado (UE) n.º 640/2014 de la Comisión, de 11 de marzo de 2014, por el que se completa el Reglamento (UE) n.º 1306/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta al sistema integrado de gestión y control y a las condiciones sobre la denegación o retirada de los pagos y sobre las sanciones administrativas aplicables a los pagos directos, a la ayuda al desarrollo rural y a la condicionalidad (DO 2014, L 181, p. 48), que derogó y sustituyó al Reglamento n.º 65/2011 con efectos desde el 1 de enero de 2015. Respecto al principio de proporcionalidad, véase la ya citada Sentencia de 28 de octubre de 2010, SGS Belgium y otros (C-367/09, EU:C:2010:648), apartado 40, op cit.

(71) En este asunto, el Tribunal considera que el Derecho de la UE no se opone a que una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal, exija que el solicitante de una ayuda agroambiental presente al organismo pagador, al mismo tiempo que su solicitud de ayuda, un certificado relativo a la especie vegetal rara que le da derecho al pago de esta ayuda, siempre que esa normativa haya permitido a los operadores afectados cumplir sus requisitos en condiciones razonables, lo que corresponde comprobar al tribunal remitente. El Abogado General había considerado que dicha normativa nacional había sido aplicada violando el principio de proporcionalidad dado que el solicitante de las ayudas no pudo aportar el certificado porque no pudo sembrar y, a su modo de ver, no hubo en el caso un incumplimiento intencionado de los criterios de admisibilidad. Véanse las conclusiones del Abogado General Wahl presentadas en el asunto Szemerey (C-330/14, EU:C:2015:605), puntos 51 a 63 y la subsiguiente Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 17 de diciembre de 2015, Gergely Szemerey contra Miniszterelnökséget vezető miniszter, asunto C-330/14, ECLI:EU:C:2015:826.

irregularidades sistémicas en una muestra representativa de las operaciones, lo que permite una cuantificación más precisa del riesgo para el presupuesto de la Unión. En este caso, los resultados del examen de la muestra representativa se extrapolarán al resto de la población de la que se extrajo la muestra para fines de determinación de la corrección financiera. Cuando se trata de extrapolación, el nivel de corrección de tipo fijo se fijará teniendo en cuenta tres factores que son la importancia relativa de la deficiencia grave (o deficiencias graves) en el contexto del sistema de gestión y control en su conjunto, la frecuencia y el alcance de la deficiencia grave (o deficiencias graves) y el grado de riesgo de pérdida para el presupuesto de la Unión.

En otros casos, las correcciones se aplican a tanto alzado o fijo. Esta corrección a tanto alzado sucede solo cuando no es posible determinar con mayor precisión mediante un esfuerzo proporcionado el perjuicio financiero causado a la Unión, debido a la naturaleza del caso concreto o cuando el Estado miembro no haya facilitado a la Comisión la información necesaria según lo previsto en la norma europea (72).

De este modo, el principio de proporcionalidad se aplica en ambos casos. Cuando se trate de aplicar una corrección a tipo fijo o extrapolada, la Comisión excluirá los gastos irregulares detectados previamente por el Estado miembro que hayan sido objeto en las cuentas de un ajuste de conformidad con el artículo 139, apartado 10, así como los gastos que estén siendo objeto de una evaluación sobre su legalidad y regularidad de conformidad con el artículo 137.2 del Reglamento financiero. Asimismo, el principio de proporcionalidad rige específicamente también cuando la Comisión determine el riesgo residual para el presupuesto de la Unión, pues deberá tomar en consideración las correcciones a tipo fijo o extrapoladas que el Estado miembro haya aplicado a los gastos por otras deficiencias graves que este hubiera detectado.

C) La carga de la prueba del riesgo para el fondo europeo

De cualquier incumplimiento surge riesgo para el fondo, también de los incumplimientos de las propias administraciones públicas (73); por eso, el Tribunal ha sido claro al señalar que la Comisión no está obligada a tener en cuenta una inexistencia de fraude como circunstancia atenuante. Por el contra-

(72) En cuanto al nivel de la corrección, será un tipo fijo que se determinará sobre la base de una relación entre el promedio de las tasas de consecución definitivas para todos los indicadores de productividad y las etapas clave de ejecución en un marco de consecución definitiva del indicador financiero en el mencionado marco de ejecución («el coeficiente de consecución/absorción»).

(73) Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 21 de diciembre de 2011, asunto C-465/10, op. cit. Conclusiones del AG 15.9.2011, apartado 87.

rio, es jurisprudencia reiterada que una irregularidad puede ser sancionada no sólo mediante la reducción de la ayuda europea en la medida del importe correspondiente a dicha irregularidad, sino también mediante la supresión completa de dicha ayuda. Esta jurisprudencia, que se basa en la necesidad de producir un efecto disuasorio necesario para la buena gestión de los recursos comunitarios, es aplicable incluso en supuestos en que la existencia de un fraude no está acreditada (74).

De este modo, en los litigios derivados de las correcciones financieras, un elemento fundamental radica en la prueba del riesgo para el fondo. En este aspecto de la prueba del riesgo, el Tribunal considera que la obligación de la Comisión no consiste en demostrar de forma exhaustiva la existencia de dicho riesgo sino en aportar elementos de prueba de las dudas fundadas y razonables que se albergan respecto a las infracciones de las normas sobre controles y la insuficiencia de los datos aportados para eliminar dichas dudas»... *si bien incumbe a la Comisión probar la existencia de una infracción de las normas de la Unión, una vez probada dicha infracción, es el Estado miembro el que debe demostrar, en su caso, que la Comisión cometió un error en cuanto a las consecuencias financieras que deben deducirse de dicha infracción*» (75).

El Tribunal considera que el mejor posicionamiento lo tiene el Estado para recoger y comprobar datos necesarios para la liquidación de cuentas y, por ende, la responsabilidad que le incumbe de probar de forma detallada y completa la realidad de sus controles o de sus datos y, en su caso, la inexactitud de las afirmaciones de la Comisión (76).

Esto es, los Estados miembros no pueden negar la validez de las apreciaciones de la Comisión sin apoyar sus propias alegaciones en elementos

(74) Apartados 100 y 101 de la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 24 de enero de 2002, *Conserve Italia Soc. Coop. arl* contra Comisión de las Comunidades Europeas, asunto C-500/99 P, Rec. 2002 I-00867 (Recurso de casación: asunto ante el Tribunal General T-216/96) ECLI:EU:C:2002:45.

(75) Apartados 65 y 66 de la Sentencia del Tribunal General de 4 de septiembre de 2015 (Sala Segunda) de 4 de septiembre de 2015, *Reino Unido de Gran Bretaña y de Irlanda del Norte* contra Comisión Europea, asunto T-245/13, ECLI:EU:T:2015:595., y la jurisprudencia citada en dicho apartado: Sentencias de 24 de abril de 2008, *Bélgica/Comisión*, C-418/06 P, Rec. EU:C:2008:247, apartado 135, y *Austria/Comisión*, citada en el apartado 64 supra, EU:T:2009:305, apartado 181)

(76) Apartado 103 de la Sentencia del Tribunal General de 10 de septiembre de 2015, *República Helénica* contra Comisión Europea, asunto T-346/13, ECLI:EU:T:2015:630, que a su vez se remite a las Sentencias de 19 junio 2003, *España/Comisión*, C-329/00, Rec. EU:C:2003:355, apartado 68, y de 15 diciembre 2011, *Luxemburgo/Comisión*, T-232/08, EU:T:2011:751, apartado 27.

que demuestren la existencia de un sistema fiable y operativo de control (77). El propio Tribunal ha señalado que «...*Si el Estado miembro no consigue demostrar que las apreciaciones de la Comisión son inexactas, éstas constituyen elementos que pueden originar serias dudas acerca del establecimiento de un conjunto adecuado y eficaz de medidas de vigilancia y de control* (78)

D) Aplicabilidad analógica de la jurisprudencia en materia de fondos agrarios

La importancia presupuestaria de la Política Agrícola Común y la complejidad de su gestión genera una gran litigiosidad entre los Estados miembros y la Comisión, sobre todo por las impugnaciones de las decisiones en materia de correcciones financieras. En este contexto, respecto a su propia jurisprudencia, el Tribunal ha considerado que los principios enunciados en materia de fondos agrícolas en su jurisprudencia resultan asimismo aplicables, *mutatis mutandis*, en el caso de otros fondos europeos (79). Esta aplicabilidad analógica tiene pleno sentido en materia de fondos.

Así, con motivo de la aplicación concepto de fuerza mayor, el Tribunal ha sostenido que los términos de una disposición del Derecho de la Unión que no contienen reenvío expreso alguno al Derecho de los Estados miembros para determinar su sentido y su extensión deben normalmente encontrar en toda la Unión una interpretación autónoma y uniforme que debe ser buscada teniendo en cuenta el contexto de la disposición y del objetivo perseguido por la normativa en cuestión. Dicho esto, el Tribunal considera que en los casos en los que un administrado invoque la existencia de fuerza mayor, será de aplicación el derecho civil nacional pero las autoridades nacionales deben tener en cuenta la Comunicación de la Comisión C(88)1696 relativa a fuerza mayor en derecho agrícola europeo (JO C 259 du 6.10.88, p. 10). Esta exigencia de interpretación uniforme se aplica a las disposiciones sobre fuerza mayor y a las circunstancias excepcionales de los reglamentos europeos aplicables al

(77) En este sentido, las sentencias Grecia/Comisión, citada en la nota anterior, EU:C:2005:103, apartados 33 a 36 y la jurisprudencia citada; de 6 marzo de 2001, Países Bajos/Comisión, C-278/98, Rec, EU:C:2001:124, apartados 39 a 41 y la jurisprudencia citada, y Austria/Comisión, citada en el apartado anterior, EU:T:2009:305, apartado 71 y la jurisprudencia citada).

(78) Apartado 82 de la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 15 de octubre de 2014, Reino de Dinamarca contra Comisión Europea, asunto C-417/12 P (Recurso de casación: asunto ante el Tribunal General T-212/09), ECLI:EU:C:2014:2288.

(79) Apartado 66. De la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 3 de diciembre de 2015, República Italiana contra Comisión Europea, asunto C-280/14 P (Recurso de casación: asunto ante el Tribunal General T-117/10), ECLI:EU:C:2015:792.

periodo de programación en cuestión como a aquellos reglamentos europeos aplicables a los periodos de programación subsiguientes (80).

VIII. LAS CORRECCIONES FUTURAS ESTIMADAS COMO RESPUESTA A LA PLURIANUALIDAD DE LOS PROGRAMAS DE GASTO DE LOS FONDOS

Dado el carácter plurianual de una parte significativa de los gastos de la UE, es evidente que solo se puede establecer un nivel de error definitivo al cierre de los programas, cuando se han llevado a cabo los controles a todos los niveles. Por eso también, según el artículo 2.f) del Reglamento financiero, los riesgos han de ser gestionados aplicando un enfoque plurianual para tener en cuenta el carácter plurianual de los fondos (81).

En cumplimiento del precepto señalado y en respuesta a una petición formulada por el Parlamento Europeo (82), la Comisión ha complementado, por primera vez en el contexto del Informe de gestión anual y rendimiento de 2015, las estimaciones de los importes en situación de riesgo para el presupuesto bajo su responsabilidad con las estimaciones de las correcciones que esperan aplicar en el futuro (83).

Para la Comisión, las correcciones futuras estimadas son los importes de los gastos en incumplimiento de las disposiciones reglamentarias y contractuales aplicables que cada Dirección General de la Comisión estima de forma conservadora. Estas cantidades serán identificadas y corregidas mediante controles realizados después de que el pago esté autorizado, es decir, no solo

(80) Apartado 11 de Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 18 de enero de 1984, Ekro BV Vee– en Vleeshandel contra Produktschap voor Vee en Vlees, asunto 327/82, Rec. 1984 00107, ECLI:EU:C:1984:11.

(81) De este modo se entiende por «control»: *toda medida adoptada para garantizar una seguridad razonable con respecto a [...] la prevención y detección y la corrección de fraudes e irregularidades y su seguimiento, así como la gestión adecuada de los riesgos en materia de legalidad y regularidad de las transacciones correspondientes, teniendo en cuenta el carácter plurianual de los programas y las características de los pagos de que se trate. Los controles podrán implicar varias comprobaciones, así como la ejecución de cualquier política y procedimiento para la consecución de los objetivos descritos en la primera frase*. Véase el artículo 2.r) del Reglamento (UE) n.º 1303/2013 del Parlamento Europeo.

(82) Solicitud expresada por la ponente para la aprobación de la gestión presupuestaria de 2014, Dña. Martina Dlabajova, en el contexto del debate sobre la aprobación de la gestión de la Comisión de 2014 en la Comisión de Control Presupuestario, el 23 de febrero de 2016. Véase también el párrafo 54 de la Resolución sobre la aprobación de la gestión en la ejecución del presupuesto general de la Unión Europea para el ejercicio 2014: Comisión y agencias ejecutivas

(83) COM (2017) 124 final, p. 18.

se incluyen las correcciones aplicadas en el momento de la presentación de informes, sino también las que se aplicarán en años sucesivos.

Las estimaciones de las Direcciones Generales se basan en el importe medio de correcciones financieras y recuperaciones de los últimos años, y se ajustan cuando es necesario, en particular, para neutralizar los elementos que ya no son válidos en virtud del nuevo marco jurídico y los acontecimientos excepcionales.

De este modo, fruto del primer ejercicio en el que se han tenido en cuenta los mecanismos correctores plurianuales se ha concluido que las correcciones futuras estimadas representan entre el 1,5% y el 1,9% del total de los gastos pertinentes. El importe en situación de riesgo al cierre estimado después de la aplicación de todas las medidas correctoras representa entre el 0,8% y el 1,3% de los gastos totales en 2015. Por ello, la Comisión ha considerado que dichos mecanismos correctores protegen adecuadamente el presupuesto de la UE de los gastos que incumplen la ley (84).

IX. CONCLUSIONES

El legislador europeo ha diseñado un sistema de control financiero y presupuestario que descansa sobre el fomento del modelo de costes simplificados, las correcciones financieras y el control del Tribunal de Cuentas con la finalidad de reducir progresivamente los errores que se producen en la gestión del presupuesto europeo.

En el contexto de la gestión compartida de los fondos europeos y de inversión, sobre los Estados miembros pivotan un conjunto de obligaciones y responsabilidades que se configuran como elementos clave del principio de buena gestión presupuestaria de los fondos.

Como se ha analizado, las funciones de gestión, de control y de investigación van aparejadas a la obligación de recuperar los fondos perdidos por abuso y negligencia y a la necesidad de desarrollar una diligencia especial respecto a las normas de contratación pública. Los Estados son los que tienen la información directa y más accesible y deben ejercer sus funciones con respeto al principio de cooperación y lealtad.

Con carácter general, se detecta que, pese a los cambios legislativos, de mayor o menor calado, que se suceden para cada periodo de programación en materia de fondos, y el avance hacia la configuración de los gastos simplificados a costa de otros modelos de gasto menos eficientes, las causas

(84) Véase COM (2017) 124 final, p. 19.

esenciales de los niveles de error «persistentemente elevados» continúan siendo las debilidades en los sistemas de gestión y control.

Ya se ha descrito cómo, cuanto más compleja jurídicamente es la puesta en práctica de una política europea, mayor tasa de error aparece.

Por último, el elemento clave sobre el que el legislador europeo hace girar las responsabilidades derivadas de la gestión compartida de los fondos es la necesaria inexistencia de riesgo financiero alguno para el presupuesto de la Unión. En el marco reglamentario en vigor, se dispone que, al decidir sobre una corrección financiera, la Comisión respetará el principio de proporcionalidad y tendrá en cuenta la naturaleza y la gravedad de la deficiencia grave en el funcionamiento efectivo de un sistema de gestión y control y sus repercusiones financieras en el presupuesto de la Unión.

En fin, el legislador europeo ha centrado lógicamente en la Comisión el rol de sujeto central del procedimiento de las correcciones financieras. Debe desarrollar dicha función con respeto al principio de proporcionalidad, aplicando analógicamente la jurisprudencia europea en materia de fondos, respetando los plazos establecidos y dejando constancia en el expediente de a quién corresponde la prueba del riesgo para el fondo europeo. De este modo, el sistema de correcciones financieras se configura como elemento fundamental de la gestión eficiente de los fondos europeos y es, asimismo, causa de un gran número de litigios ante el Tribunal de Justicia.

Sin perjuicio de las modificaciones que se puedan hacer en el procedimiento para agilizarlo o ser más garantista en los derechos de audiencia a los Estados miembros y organismos intermedios, parece oportuno constatar que se constata una gran dificultad para mantener los sistemas de control y aumentarlos a los porcentajes que se requieren a escala europea.

Por ello, es interesante realizar una reflexión sobre el mismo hecho del control y la auditoría. Con los medios técnicos disponibles actualmente, parece que lo relevante no debe ser llevar a cabo más controles sino mejores controles. Esto, en síntesis, supone simplificar, que también es una forma eficaz de reducir costes, cargas asociadas a controles y riesgo de errores, en pro de los intereses y derechos de los beneficiarios de los fondos europeos. Asimismo, tanto la Comisión como el Tribunal de cuentas abogan por normas de subvencionalidad menos complejas y sistemas de gastos simplificados que muestran siempre menos niveles de error.

En todo caso, el sistema existente ha consolidado a las correcciones financieras como el mecanismo de respuesta más eficaz frente a los riesgos financieros y presupuestarios. El Tribunal de Justicia ha detectado una serie de patologías típicas en los procedimientos de correcciones que implican una llamada a la proporcionalidad, a la valoración del coste-eficacia de los controles

y al respeto de los plazos en los procedimientos de correcciones financieras por parte de la propia Comisión.

X. BIBLIOGRAFÍA

- BIANCHI, D. (2012): *La politique agricole commune (PAC) Toute la PAC, rien d'autre que la PAC I*, 2e édition, Bruylant.
- BUENO ARMILLO, A.M. (2013): «Una alternativa al procedimiento de incumplimiento: las correcciones financieras de la política agrícola común», *Civitas. Revista española de derecho europeo*, N.º. 46, pp. 29-75.
- COMISIÓN EUROPEA (2017): Comunicación de la Comisión al Parlamento y al Consejo. Causas esenciales de los errores y medidas adoptadas (artículo 32, apartado 5, del Reglamento Financiero) Bruselas, 28.2.2017, COM (2017) 124 final.
- (2016) Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Tribunal de Cuentas. Informe de gestión anual y rendimiento del presupuesto de la UE para 2015, COM (2016) 446 final.
 - (2016) Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Tribunal de Cuentas. Protección del presupuesto de la UE hasta finales de 2015, COM (2016) 486 final.
 - (2015) «Directrices sobre las opciones de costes simplificados Financiación a tipo fijo, baremos estándar de costes unitarios, sumas globales (*lump sums*) [con arreglo a los artículos 67 y 68 del Reglamento (UE) n.º 1303/2013, el artículo 14, apartados 2 a 4, del Reglamento (UE) n.º 1304/2013 y el artículo 19 del Reglamento (UE) n.º 1299/2013]».
 - (2013) Directrices para la determinación de las correcciones financieras que hayan de aplicarse a los gastos financiados por la Unión en el marco de la gestión compartida, en caso de incumplimiento de las normas en materia de contratación pública, accesible http://ec.europa.eu/regional_policy/sources/docoffic/cocof/2013/cocof_13_9527_annexe_es.pdf.
- FUENTETAJA PASTOR, J. (2017): «La ejecución de los Fondos Europeos: distribución de competencias y procedimientos administrativos» en *La ejecución de los fondos europeos en España*, EGAP, Aranzadi, pp. 23-50.
- (2015) *Derecho Administrativo Europeo*, 2ª ed., Civitas, pp. 517-546.
- GUILLEM CARRAU, J. (2017): «Errores financieros y presupuestarios en clave europea», en *Auditoría Pública* n.º 70 pp. 161-166.
- (2017) con VILLALBA DE MIGUEL, D.: «Apuntes sobre la arquitectura legal de los fondos estructurales y de inversión europeos en 2014-2020», en *La ejecución de los fondos europeos en España*, EGAP, Aranzadi, pp. 83-70.

- (2014): «Los trílogos en el procedimiento legislativo de la UE: el informal law making en la nueva agenda legislativa europea», *Revista de las Cortes Generales*, nº 92-93, pp. 45-74.
- MUÑOZ MARTÍNEZ, M. (2017): «El proceso de programación de los fondos europeos y acuerdo de asociación de España 2014-2020», en *La ejecución de los fondos europeos en España*, EGAP, Aranzadi, pp. 73-95.
- ORDÓÑEZ SOLÍS, D. (2017): «Fondos europeos, contratación pública y responsabilidad financiera de las administraciones españolas», en *La ejecución de los fondos europeos en España*, EGAP, Aranzadi, pp. 119-147.
- (2011) «Las correcciones financieras por la gestión en España de los fondos europeos», *Actualidad Administrativa*, núm. 4, 2ª quincena de febrero de 2011, N° 4, 16 de feb. Wolters Kluwer.
- (2006): *Administraciones, Ayudas de Estado y Fondos Europeos*, Editorial Bosch, Barcelona.
- PARLAMENTO EUROPEO (2017): Informe sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre las normas financieras aplicables al presupuesto general de la Unión y por el que se modifica el Reglamento (CE) n.º 2012/2002 y los Reglamentos (UE) n.º 1296/2013 (UE) n.º 1301/2013 (UE) n.º 1303/2013 (UE) n.º 1304/2013 (UE) n.º 1305/2013 (UE) n.º 1306/2013 (UE) n.º 1307/2013 (UE) n.º 1308/2013 (UE) n.º 1309/2013 (UE) n.º 1316/2013 (UE) n.º 223/2014 (UE) n.º 283/2014 y (UE) n.º 652/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, y la Decisión n.º 541/2014/UE del Parlamento Europeo y del Consejo [COM (2016)0605 – C8-0372/2016 – 2016/0282(COD)].
- SANZ, A. B. (2017): «Gestión compartida de los fondos estructurales: *gold plating* (sobre regulación)», en *La ejecución de los fondos europeos en España*, EGAP, Aranzadi, p. 165-193.
- SARMIENTO, D. (2006): «La autoridad del Derecho y la naturaleza del *soft law*», en *Cuadernos de Derecho Público*, nº 28, mayo/agosto, pp. 221-266.

DERECHO COMPARADO

LAS PRIMERAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS REGULATORIAS PERUANAS (*) (**)

ORLANDO VIGNOLO CUEVA (***)

SUMARIO: I. NOTA INTRODUCTORIA: LA LIBERALIZACIÓN PERUANA DE LOS NOVENTA.– II. LOS ANTECEDENTES DE LOS ORGANISMOS REGULADORES Y LA CLÁUSULA DEL ESTADO REGULADOR.– III. EL NACIMIENTO DE LOS ORGANISMOS REGULADORES PERUANOS: 1. Una categoría para los organismos reguladores.– IV. LOS ORGANISMOS REGULADORES APARECIERON Y CONTINÚAN COMO CUASI-INDEPENDIENTES.– V. EL PRIMER ORDEN COMPETENCIAL DE LOS REGULADORES.– VI. A MODO DE CIERRE: UN EJEMPLO DE ORGANISMO REGULADOR EN LA SOMBRA.– VII. CONCLUSIONES DEL TRABAJO.– VIII. ABREVIATURAS.– IX. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: La liberalización peruana de inicios de los años noventa, apoyada en el influjo fundamental del principio de subsidiariedad horizontal, produjo no sólo cambios prestacionales y normativos en sectores (con la consecuente reducción del Estado prestador), sino también supuso la creación de una nueva estructura organizativa administrativa que sirva y se acomode a ciertas características de unas aparentes «nuevas» potestades regulatorias, las cuales —desde una versión más estricta y ejecutiva— comportan una adaptación de la policía administrativa y otras competencias que permiten la intervención correcta y el sostenimiento de estos sectores liberalizados. El presente trabajo intenta desentrañar estos mitos y otras verdades jurídicas sobre el surgimiento de esta fórmula organizativa cercana a cumplir 26 años de existencia.

Palabras clave: liberalización; organización regulatoria; potestad administrativa; regulación.

ABSTRACT: *Peruvian liberalization in the early 1990s, supported by the fundamental influence of the principle of horizontal subsidiarity, produced not only utilitarian and*

(*) Trabajo recibido en esta REVISTA el 24 noviembre 2017 y evaluado favorablemente para su publicación el 21 de marzo de 2018.

(**) El presente trabajo constituye una síntesis y adaptación de algunos capítulos de la tesis doctoral defendida por el suscrito en la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza durante el mes de junio del año 2017. En los siguientes meses aparecerá una publicación completa de esta investigación doctoral, reflexionada desde y para el Derecho Peruano, en la que se analizará el principio de subsidiariedad en su vertiente social y su relación con la liberalización de sectores y el propio surgimiento de las organizaciones regulatorias.

(***) Doctor en Derecho la Universidad de Zaragoza (España). Abogado por la Universidad de Piura (Perú). Profesor de la Universidad de Piura (Perú). Director de la Revista Anuario de la Función Pública. Abogado del Estudio Echeopar (Perú). Correo electrónico: orlandovignolo@yahoo.com.

normative changes in sectors (with the consequent diminish of the State as a provider), but also the creation of a new organizational administrative structure that serves and accommodates certain characteristics of apparent «new» regulatory powers, which – from a more strict and executive version – entail an adaptation of the administrative police and other competencies that allow the correct intervention and the support of these liberalized sectors. The present work attempts to unravel these myths and other juridical truths about the emergence of this organizational formula close to being 26 years of existence.

Key words: liberalization; regulatory organization; administrative power; regulation.

I. NOTA INTRODUCTORIA: LA LIBERALIZACIÓN PERUANA DE LOS NOVENTA

El análisis jurídico-administrativo de la puesta en marcha de los organismos reguladores siempre permitirá cerrar el estudio del proceso peruano de la liberalización, este último tan poco analizado en la doctrina nacional (1). El origen de estas administraciones públicas tiene un dato específico, se produjo bajo una importante cobertura de la subsidiariedad social u horizontal, en el sentido que este principio constitucional permitió justificar para ciertos ámbitos complejos, la necesidad de contar con nuevos sujetos que, desde datos organizativos, funcionales diferentes y con un régimen propio, pudieran afrontar las disfuncionalidades de las libertades (económicas) y el mantenimiento de un nuevo orden de relaciones entre agentes y participantes de diversas naturalezas (usuarios, prestadores e intervinientes diversos, todos con naturaleza jurídico-privada) (2).

En síntesis la liberalización peruana produjo no sólo cambios prestacionales y normativos en sectores, sino también supuso la creación de una nueva estructura organizativa administrativa (3), que sirva y se acomode a ciertas características de las «novedosas» potestades regulatorias (4), las cuales –desde una versión más estricta y ejecutiva– comportan, incluso con algunas

(1) Vale indicar que estas aparentes «nuevas» administraciones públicas fueron asumidas por muchos países de Sudamérica siguiendo el modelo de las agencias reguladoras norteamericanas, en un marco temporal similar al nacimiento de las Comisiones reguladoras independientes españolas. Ver estos recuentos en VIRGALA FORURIA (2004).

(2) La relación entre ciertos derechos económicos, la subsidiariedad y otros principios rectores de la economía es muy estrecha. Así, el profesor BETANCOR reconoce que muchos de estos últimos son «*derechos fundamentales que incorporan en su contenido los principios rectores de la política social y económica: ejemplo de la integración armónica*». Ver esta cita en BETANCOR (2010: p. 126).

(3) ARAGÓN REYES (2009: p. 45).

(4) Ver estas cuestiones iniciales sobre las organizaciones regulatorias en BETANCOR (2010: p. 313).

innovaciones de más reciente data, «la utilización de poderes de distinta naturaleza: normativos, de control y supervisión, arbitrales y sancionadores» (5).

Ahora bien, quisiera entregar algunos datos de conceptualización sobre el fenómeno marco ocurrido desde inicios de los años noventa. Así debe entenderse que la liberalización fue esencialmente diseñada como un mecanismo de política económica interventora de carácter progresivo, que permitió *despublificar* varios sectores en busca de devolverlos a manos privadas, permitiendo la extirpación de buena parte del protagonismo público imperante antes de la última década del siglo pasado (6). Este proceso estuvo marcado por hitos muy marcados, tramos contados claramente desde la promulgación del llamado «paquete normativo eléctrico» (además de otros dispositivos sectoriales puntuales) y la posterior y completa juridificación de varios de los institutos probados en estos ámbitos específicos en la posterior CP de 1993 (7). En ese sentido, debe reconocerse como antecedentes más remotos, potentes y preconstitucionales al Decreto Legislativo No. 674, del 27 de septiembre de 1991, por el cual se aprueba la promoción y participación de la inversión privada de las empresas; el Decreto Legislativo el No. 701, del 5 de noviembre de 1991, por el que se buscaba eliminar las prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas que afectaban a la libre competencia; y en tercer lugar, el Decreto Legislativo No. 757, que ordenaba el crecimiento de la inversión privada, del 8 de noviembre de 1991.

A continuación una breve síntesis y las reglas más importantes que se aprobaron en estos dispositivos (8).

(5) LAGUNA DE PAZ (2016: p. 33).

(6) Aunque no indica ni construye la raíz despublificadora que acompañó a la liberalización peruana, el profesor TASSANO reconoce que este fenómeno tiene como «*contenido central y medular*» el de «*devolver a los privados la libre iniciativa económica, lo que, antes, en virtud de actos del Estado, estaba reservado a la titularidad y gestión estatal*». Ver esta cita en TASSANO VELAUCHAGA (2016: p. 107).

(7) Ver los rasgos del concepto de despublificación en LÓPEZ-MUÑIZ (1999: p. 138). Por otro lado, debo indicar que no comparto la postura de TASSANO en cuanto a que sólo «*a partir del nuevo marco constitucional, se empezó a aplicar una política de liberalización de la economía que implicó un cambio en el modelo económico estatal. Por consiguiente, en virtud del nuevo rol subsidiario del Estado, ello supuso que este pudiera intervenir como ente regulador en el mercado, abocándose preferentemente a garantizar que los agentes que se desenvuelvan dentro de él no excedan el límite de lo permitido por la norma constitucional y por las normas sectoriales aplicables, y que, además, realicen su actividad a la par de un régimen de libre competencia*». Ver esta cita en TASSANO VELAUCHAGA (2016: p. 106). Al respecto, los datos normativos antes entregados, demuestran que la liberalización peruana empezó desde 1991, a partir del paquete liberalizador preconstitucional promovido por el Gobierno de Fujimori.

(8) Un listado de otros dispositivos legales preconstitucionales (anteriores a la vigente CP de 1993) que permitieron la implantación sectorial de la naciente liberalización, a partir

En cuanto a la inicial norma, el segundo de sus considerandos recogió abiertamente una visión reactiva que acompañó a este proceso tan trascendente. El dispositivo en cuestión indicaba lo siguiente:

«Que la Actividad Empresarial del Estado no ha arrojado, en conjunto, resultados económicos y financieros satisfactorios, lo que, de un lado, ha impedido la generación de los recursos destinados a mejorar sus sistemas productivos y administrativos, reflejándose ello en los inadecuados precios con que ofrece sus bienes y servicios a la población; y, de otro lado, ha contribuido a la generación del déficit fiscal, con el consiguiente impacto inflacionario; Que deben crearse las condiciones necesarias para el desarrollo y crecimiento de la inversión privada en el ámbito de las empresas del Estado, con objeto de lograr la modernización, saneamiento y vigorización de las actividades a su cargo».

A su turno, el artículo 1 del Decreto Legislativo No. 701 dejó marcado el carácter de la competencia entre agentes, señalando claramente que esta debía desplegarse como un medio, para lo cual resultaba urgente:

«eliminar las prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia en la producción y comercialización de bienes y en la prestación de servicios, permitiendo que la libre iniciativa privada se desenvuelva procurando el mayor beneficio de los usuarios y consumidores».

de una habilitación y delegación expresa del Congreso de la República (que luego fue cerrado y disuelto antijurídicamente por el Presidente Fujimori), debe incluir a los Decretos Legislativos No. 640 (de liberalización operativa del servicio de transporte interprovincial), el No. 642 (que decreta la inclusión de la oferta y demanda en el servicios de transporte terrestre interprovincial), el No. 644 (que liberó de restricciones y obstáculos administrativos y legales el acceso a las rutas y tráfico internacional para las empresas navieras nacionales), el No. 648 (que redujo la participación accionarial estatal en el capital de la antigua empresa pública AEROPERÚ), el No. 651 (que permitió el establecimiento de la libre competencia en las tarifas del transporte urbano), el No. 653 (que promovió la inversión privada en el sector agrario), el No. 655 (que eliminó el monopolio de la empresa estatal Petroperú en la venta de hidrocarburos), el No. 662 (que otorgaba protección y garantías jurídicas a la inversión extranjera), el No. 659 (que declaró la racionalización de las tramitaciones y actuaciones administrativas en la importación, a fin de promover el comercio internacional y la inversión privada en este sub-sector), el No. 668 (que dictó medidas para liberalizar el comercio exterior), el No. 685 (que eliminó la *publicatio* del servicio postal, estableciendo la prohibición de «*toda forma de monopolio, acaparamiento, prácticas y acuerdos restrictivos*» en estas prestaciones esenciales, para declararse a continuación la garantía prestacional pública a partir de garantizarse la libertad de tránsito postal en el país: el «fomento y control» de este servicio «corresponde al Estado»), el No. 696 (que dictó normas de acceso a la inversión privada en la renovación urbana), el No. 697 (que dictó normas de acceso a la inversión privada en los servicios de saneamiento), el No. 702 (que presenta normas para la transformación competitiva y liberalizada del sector telecomunicaciones), la No. 708 (que promueve la inversión privada en minería), el No. 718 (que permitió la creación de un aparato prestacional de asistencia sanitaria de titularidad privada), la No. 750 (que promueve la iniciativa privada en el sector pesquero), entre otras normas.

En tercer lugar, el Decreto Legislativo No. 757 completó el camino de la nueva libre competencia señalando claramente el primer régimen de la iniciativa privada y libertades económicas aplicables en todos los sectores posibles, y bajo las distintas formas jurídicas permitidas por nuestro Derecho. En ese sentido, vale una prevención, pues no se debe considerar como la gran y única norma liberalizadora (9), aunque su contenido establece claros elementos de lo que luego se terminaría discutiendo y aprobando en la CP. En cualquier caso esta Ley —según su artículo 1— estableció un régimen ordenado de:

«derechos, garantías y obligaciones que son de aplicación a todas, las personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, que sean titulares de inversiones en el país. Sus normas son de observancia obligatoria por todos los organismos del Estado, ya sean del Gobierno Central, Gobiernos Regionales, o Locales, a todo nivel».

En suma, la liberalización tuvo claros objetivos que pueden extraerse del conjunto de dispositivos legales y la propia CP que se han presentado hasta ahora en este acápite. Estas finalidades intrínsecas del fenómeno son las siguientes:

- (i) Primero, buscaba favorecer la participación de operadores en un mismo ámbito siempre en búsqueda de la competencia. Con ello se estimuló la aparición de impulsos prestacionales nuevos y diversos (privados).
- (ii) Se presentó como una liberalización respetuosa de una iniciativa pública racionalizada porque dejó abierta la posibilidad de que fuese el propio Estado, a través de su actividad empresarial y las organizaciones administrativas competentes, el que se haga responsable del manejo de concretas prestaciones (situación que se encuentra hartamente demostrada a lo largo del presente trabajo).
- (iii) En tercer lugar nuestra liberalización buscó la introducción de fórmulas de competencia como mecanismo o medios ideales para optimizar el acceso y alcanzar cuotas de eficiencia y eficacia en la producción de mejores servicios. Por ello se presentó a esta noción como el mejor elemento para el mercado; pues actúa como una «supuesta» fuerza que disciplina a los operadores posibilitando que éstos contribuyan

(9) Estimo que no puede hacerse mención y uso de esta norma legal preconstitucional, olvidando el papel y alcance de otros dispositivos producidos en el paquete liberalizador habilitado y delegado por la Ley No. 25327. En ese sentido, la revisión de la liberalización peruana sólo puede entenderse mirando el conjunto de todas estas leyes, incluyendo las posteriores construcciones que aparecieron reconocidas en la CP de 1993. En el mismo sentido, de prudencia y revisión integral, se encuentra planteado el trabajo de SHIMABUKURO TOKASHIKI (2016: p. 85)

a la maximización del bienestar social (desde la producción de las cantidades correctas de bienes y servicios que los usuarios y consumidores necesitan y siempre al menor precio posible).

Como se notará, frente a los datos mostrados de la antigua Constitución de 1979, la *liberalización* supuso un cambio radical pero necesario, forzado por la ineludible obligación de estabilizar y acometer la fuerte crisis económica y el sobre-endeudamiento de los tres anteriores regímenes políticos (que actuaron entre 1968 a 1990), incluyendo el desorden ocasionado durante la inicial dictadura militar (1968 a 1980), bajo los cuales se llegó a un índice hiperinflacionario jamás alcanzado en una sociedad occidental; sumado a la galopante destrucción de los sectores productivos del país, entre otros problemas que serían largos de enumerar y escapan a los propósitos de este trabajo.

Sin embargo, a pesar de la anterior cuestión, vale resaltar un concreto antecedente de origen que no puede dejar de valorarse al momento de entender el fenómeno. Estos hechos anteriores fueron la enorme deuda externa que manteníamos con el BM, el FMI y otros organismos multilaterales durante el periodo final de los ochenta, lo que forzó al Gobierno de Fujimori a ensayar un proceso de inserción creado y diseñado por mano exógena. Este programa amplio tenía como prioridades la restauración de un mínimo de equilibrio macroeconómico con dotes de transparencia, flexibilidad y credibilidad, la redefinición de la intervención estatal en los sectores (incentivando la inversión privada en todas las esferas de la actividad económica) y la reorganización y racionalización de la estructura de ingresos y gastos del sector público (10).

Es en medio de este listado de prioridades impulsadas y concretizadas fuera del país (11), que emerge la *despublicación* como el contenido general

(10) La implementación de este tipo de programas basado en la austeridad presupuestaria, liberalización del comercio y privatización, fue aplicado simultáneamente en más de setenta países deudores del tercer mundo y de Europa del Este. Ver este dato en GUARNIDO RUEDA; JAÉN GARCÍA; AMATE FORTES (2007). En el mismo sentido a las explicaciones dadas en el párrafo principal, puede revisarse a ROSENTHAL COUTINHO (2003: pp. 123-124), quien señala que «*da aplicações de austeridade econômica que se convencionou chamar de Consenso de Washington. Esse termo, cunhado em 1990 pelo economista inglês John Williamson, designa o conjunto de políticas liberalizantes incisivamente recomendadas por el tesouro norteamericano, pelo Fundo Monetário Internacional e pelo Banco Mundial para países em desenvolvimento (todos com sede em Washington, daí o Nome)*».

(11) Debe reafirmarse que la ponderación de los hechos obliga a entender que no todos los datos y disposiciones liberalizadoras fueron ensambladas en el país. Las grandes líneas y los conceptos esenciales de corte económico, que debieron ser aplicados de modo progresivo, provinieron del ajuste estructural de los países sudamericanos patrocinado por el FMI y otras organizaciones multilaterales. En Perú, en ese momento tan duro, cumplimos el papel de adaptarnos y darle carta jurídica a estructuras «extrañas» como la gestión indirecta de los servicios (bajo formas de privatización), siempre con el afán último de obtener liquidez para amortizar nuestra cuantiosa deuda externa. Finalmente, y esto nunca ha sido recono-

de la *liberalización* en marcha, la cual debe entenderse fue y sigue acompañada de una armonización necesaria surgida de la interpretación del propio entramado de la CP. Esto es, el Estado social, democrático de Derecho al reconocer el protagonismo de las personas, los derechos económicos y su conexión con la expansión del mercado (como espacio económico prioritario y natural), de manera obligatoria deberá tener una referencia y asumirá en cada situación concreta el contenido del interés público. Esta armonización permanente y constitucional no solo implica el inicial establecimiento de los límites de los derechos (económicos) y el mercado, sino es también el punto de partida para la cláusula del *Estado regulador* surgida inmediatamente por los propios efectos liberalizadores (12).

En adición, no debe perderse de vista que ninguna de las construcciones anteriores pudieron haber sobrevivido en los años venideros, si es que la liberalización no hubiese tenido los hombros anchos de la *subsidiariedad horizontal* (13). Al respecto, es claro que este instituto fue revalorizado por el Constituyente de 1993, a partir de colocarle variantes claras y exactas que permitieron conseguir los efectos devolutivos antes señalados y posteriormente presentar el resguardo protector para la primacía de las personas en la vida del país. Por eso debe dejarse totalmente sentado que la CP se presenta frente a su antecesora como una carta constitucional técnicamente superior en la construcción y señalamiento del régimen económico y social, pues aparece conformada con un rumbo fijo y se sostiene internamente con un cierto orden sistémico. Por tanto, en este punto, no puedo estar más de acuerdo con R. HUAPAYA, en cuanto al recojo de una visión equilibrada dentro de la CP pues el actual «*texto constitucional, sabiamente, pondera adecuadamente el respeto de las libertades económicas privadas, junto con ámbitos de intervención estatal, sea mediante regulación, o mediante el ejercicio de la actividad empresarial a cargo del Estado*» (14).

cido debidamente, este proceso de recepción considero es el disparador de nuestro Derecho administrativo moderno, pues exigió la construcción acelerada de categorías, sin tener muchas bases y contando con poquísimas fuentes doctrinales y jurisprudenciales.

(12) Ver estos datos en la interesante postura asumida por BETANCOR (2010: pp. 108-127).

(13) La subsidiariedad no puede ser estimada como el «*complemento de la liberalización*». Por el contrario, este principio constitucional es el eje central de todo el proceso o fenómeno tratado y, más todavía, es la figura de protección continua de varios de los efectos producidos dentro de ese marco. Por lo dicho, considero que no es del todo correcto el título sintético brindado por CAIRAMPOMA ARROYO (2012: pp. 318-319).

(14) HUAPAYA (2013: p. 696). En el mismo orden de ideas al expresado en el párrafo principal, la jurisprudencia del TCP ha seguido mostrando y agregando datos a esta vena equilibrada de la CP. Así, desde el año 2003 admitió abiertamente la conciliación de la actividad privada con el interés general dentro de una economía social de mercado en base a dos aspectos: (i) La exigencia de condiciones materiales para alcanzar sus presupuestos, lo que fuerza a una relación directa con las posibilidades reales y objetivas del Estado y la

Ahora bien, la puesta en práctica de esta liberalización de raíz despublificadora se presentó desde varios institutos posibles. Así, siguiendo a LÓPEZ-MUÑIZ, puede reconocerse de manera variopinta que la nuestra tuvo materialización dispersa, en virtud de su descrito contenido general, pues estuvo marcada por la introducción de «*más dosis de libertad (...) por lo que incluye tanto la despublicatio, como la desregulación total o parcial o la neorregulación menos restrictiva de las libertades económicas*» (15). Es más, no sólo se busco la aparición de estas dos técnicas (desregulación en sentido estricto y la implantación de un nuevo ordenamiento legal que como vimos se empezó a lanzar en fechas anteriores a la promulgación de la CP), se asumió como figura estelar y de mayor impacto político a la privatización de las mermadas empresas públicas, sin que el uso de esta técnica implique su colocación como sinónimo de la liberalización peruana, siendo solamente un instituto importante que produjo unos efectos puntuales (el desmantelamiento y liquidación de estos sujetos económicos junto con todo su aparato organizativo secundario).

Por lo expresado, es que no puede entenderse a la *liberalización* peruana en un sentido único sin tomar en cuenta otras técnicas (todas son especies que tienen cobertura en el fenómeno general). Por el contrario fue un proceso *despublificador* intenso, vertebrado en varios institutos y que desde la perspectiva jurídica tuvo una «*significación eminentemente relativa*» (16). Incluso abarcó en posición estelar pero no exclusiva «*a los fenómenos de privatización, por cuanto en la medida en de que hecho las actividades y servicios pasan de alguna manera a manos no públicas (...) pasan del ámbito de la sujeción propio del Poder público al de la libertad —aunque esté muy limitada— que es exclusivo de los sujetos particulares*» (17).

A sentido contrario, no puede comprenderse a la *liberalización* como la consecuencia o producto de otras figuras, surgida después o a la sombra de frases indeterminadas como el cambio del papel estatal en la economía o, peor todavía, en posición de efecto directo de la desregulación, la privatización, o de la potenciación de las concesiones (18). El significado jurídico correcto

participación activa de los ciudadanos en el quehacer social y público. (ii) La identificación del Estado con los fines de contenido social, de forma tal que pueda evaluar, con criterio prudente, los contextos que justifiquen su intervención activa como su abstención, evitando que su participación se torne en un obstáculo para el desarrollo de la sociedad y los ciudadanos. Por todas, revisar el contenido de las sentencias recaídas en los expedientes N° 0008-2003-AI/TC y N° 00034-2004-PI/TC.

(15) LÓPEZ-MUÑIZ (1999: p. 137).

(16) LÓPEZ-MUÑIZ (Ibidem, p. 137).

(17) LÓPEZ-MUÑIZ (Ibidem, p. 137).

(18) Al menos implícitamente, en contra de la postura mantenida en el párrafo principal, se encuentra el profesor DANOS quien señala que en «*el Perú —y como parte de un proceso relativamente similar al que se experimentó en países de nuestro entorno como Argentina y*

—a mi modo de ver— implica asumir su colocación como una noción marco, genérica y jurídicamente anterior que permite dar cobertura a otras, evitándose así la confusión del paralelismo por supuestas sinónimas y la aminoración de su extenso contenido (a partir que sólo entenderla explicada mediante alguno de sus institutos de desarrollo). Finalmente, la liberalización siempre es el punto de partida y los límites para montar cualquier explicación jurídico-administrativa sobre el reacomodo de la intervención estatal frente a la sociedad y las personas.

Por otro lado, y como punto de cierre de las explicaciones sobre el sentido jurídico de la figura, es necesario dar cuenta que la liberalización se acompañó de un intento de «huida del derecho público» que de manera inconsciente y harto exagerada (desconociendo el Derecho administrativo que se venía ensamblado), se manifestó en múltiples ámbitos surgidos de manera posterior al retroceso estatal (por ejemplo en la forma de definir los nacientes contratos de concesión (19), la exagerada amplitud material del naciente arbitraje administrativo (20) o al tratar de conceptualizar la regulación). Estas situaciones viciosas, con pocos fundamentos y razones de fondo, hasta ahora

Chile, entre otros— la aparición de la mayoría de los organismos reguladores de los servicios públicos se produjo en el marco del proceso de transformación del rol del Estado en la economía que se desarrolló durante la última década del Siglo XX y que determinó la liberalización de amplios sectores del mercado, la transferencia al sector privado de la propiedad de numerosas empresas estatales y el otorgamiento de concesiones de servicios públicos y de obras públicas de infraestructura». Ver esta cita en DANOS (p. 60)

(19) Esto se muestra tras de la idea de *pacto* que reconoce un sector de la doctrina como elemento que define a este tipo de contratos administrativos, utilizando un supuesto acuerdo de partes que reemplazaría a «*las normas administrativas precisamente para dar credibilidad a los compromisos del Estado y para limitar su actuación a determinados parámetros. El contrato de concesión, desde esta perspectiva, es un instrumento para reducir —no para ampliar— la discrecionalidad del Estado y sus agentes*». Ver esta cita en BULLARD (2011: p. 24). Al respecto, y sin ánimo de entrar al detalle de una tesis sobre la naturaleza jurídica del contrato administrativo, habría que indicar que el régimen de formación de estos contratos se sostiene desde el ejercicio de potestades administrativas y en abierta aplicación a una serie de principios públicos, lo cual, de saque, los coloca fuera del *pactum* y la autonomía de la voluntad de los intervinientes.

(20) No hace mucho se abrió una discusión por el control de los actos administrativos producidos por las organizaciones regulatorias en sede *arbitral*, como si los primeros se tratarán de objetos posibles de ser revisados en esta jurisdicción privada constitucionalmente reconocida, sin tomar en cuenta, entre otras razones sustanciales, la obligatoriedad del control contencioso-administrativo recaído sobre las actuaciones administrativas preceptuado por el artículo 148 de la CP. En ese sentido, aparecieron posiciones que indicaban tan temerariamente que «*la decisión regulatoria es una decisión administrativa y por tanto un acto que no sería de libre disposición. Pero dada la existencia de un contrato ley, el acto del regulador se vuelve una violación contractual privada. Y siendo una vulneración a un contrato privado, estaríamos frente a un tema arbitrable*». Ver esta cita en BULLARD (2011: p. 30). Para una adecuada comprensión del arbitraje administrativo y otras técnicas alternativas de solución de conflictos en vía administrativa se puede revisar los fundamentos sostenidos por BACA ONETO (2006: p. 221 y ss).

nos persiguen, y se muestran tanto en casos de presentación de un desprestigio innecesario y falso en contra de esta ciencia jurídica (21) o al tratar de transponer normas privadas a relaciones jurídico-administrativas, sin pasar por la necesaria *administrativización* del supuesto extraño o ajeno. Quizás, en este último punto (por las consecuencias jurídicas graves que pueda traer hacia los derechos subjetivos), es siempre necesario que los cambios y transformaciones liberalizadores nunca debieron ni deberán perder de vista, siguiendo las palabras claras del profesor CLAVERO ARÉVALO, que el «*Derecho administrativo, concebido tantas veces como un Derecho especial, tiene que olvidarse de tales concepciones y configurarse como lo que es, como el Derecho común de la Administración pública, y, por tanto, no limitarse a recibir los conceptos fabricados por el Derecho común privado*» (22).

En esta última y agotadora tarea principal se encuentra nuestro Derecho administrativo, luego de más de 25 años de iniciada una de las liberalizaciones con mayores resultados beneficiosos que puedan mostrarse y estudiarse en Latinoamérica, pero cuyos efectos siempre necesitarán de dosis elevadas de equilibrio y racionalidad jurídica.

II. LOS ANTECEDENTES DE LOS ORGANISMOS REGULADORES Y LA CLÁUSULA DEL ESTADO REGULADOR

Los organismos reguladores son creados por el Legislador peruano (23) como una modalidad apartada de las verdaderas AAI, destinadas a desenvolverse principalmente en sectores de fuerte incidencia económica, siempre con una característica fundamental que las identifica: su relativa y variada *autonomía* (de la que daremos cuenta luego) (24), condición de protección organizativa que le permite responder de mejor manera a dos propósitos principales de interés público. Por un lado garantizar la prestación o suministro efectivo de los diversos servicios que están bajo su competencia por parte de los operadores (con características de habitualidad, continuidad, universalidad y calidad en la cobertura a favor del conjunto de los ciudadanos) (25). En segundo término afrontar el objetivo de revisar y resolver los reclamos de los usuarios del servicio

(21) El año 2015 un conocido y reputado economista calificó a la LPAG como una norma culpable de la *burocratización* de la vida de los peruanos y medio que impide el avance de los mercados. Se puede revisar la columna de opinión del señor R. ABUSADA en el siguiente enlace: <http://elcomercio.pe/opinion/columnistas/peru-trabado-roberto-abusada-salah-noticia-1781382> Última revisión: 14/03/2017.

(22) CLAVERO ARÉVALO (1952: p. 63).

(23) VIRGALA FORURIA (2004).

(24) BETANCOR (2010: p. 314).

(25) FERNÁNDEZ GARCÍA (2004: p. 70).

por prestaciones defectuosas o incumplimiento de contratos de concesión (o surgidos de la ejecución de los respectivos títulos habilitantes de los prestadores).

En cualquier caso son entidades administrativas que desde siempre aparecieron conformadas como separadas de manera *relativa* del Gobierno, los políticos y otras fórmulas diversas de sujeción, por lo tanto, aisladas y protegidas frente a la partidización política y cualquier elemento propio de la jerarquía o *rectoría* (26) respecto de otras administraciones públicas.

Lo anterior no debe confundirse con la figura organizativa de la *adscripción* que el Legislador peruano siempre recoge y reconoce como concepto en las respectivas normas de creación de estos reguladores, a fin de unirlos por afinidad funcional a un Ministerio y al propio Consejo de Ministros (27).

(26) El concepto de *rectoría* que aparece reconocido en varias normas de organización administrativas peruanas debe ser entendido como una competencia de dirección y ordenación muy extensa recaída sobre un determinado sector de actuación a favor de una administración pública específica. En cualquier caso esta potestad administrativa debe respetar la división territorial del poder instrumentalizada mediante la descentralización preceptuada por nuestra Constitución. Ahora bien, la rectoría incluiría principalmente en cabeza de una organización administrativa, las siguientes funciones: (i) la capacidad de reglamentar con alcance nacional (ii) de colocar bases de actuación y de práctica de potestades parajudiciales para eliminar controversias y presentar criterios uniformes sobre materias controvertidas (a partir de un órgano decisor, pero que siempre quedaría sometido a la presunción *iuris tantum de legalidad* aplicable a sus respectivos actos administrativos) (iii) el ejercicio de ciertas potestades ejecutivas (para formular políticas públicas únicas pero con un cierto margen de adaptabilidad y adecuadas a la citada autonomía de determinadas entidades que comparten roles en la materia) y (iv) finalmente de preparación y formulación de los correspondientes procedimientos que instrumentalizarán las potestades de todas las administraciones públicas intervinientes en la materia correspondiente. Como se notará es un concepto macro, muy de origen peruano, aunque tiene algunos rasgos cercanos a la Constitución Mexicana (ver el artículo 25 de la Constitución Mexicana).

(27) La *adscripción* es un mecanismo o técnica de medida que trata de afirmar la responsabilidad política ante el Congreso de la República de un Ministro respecto de organizaciones administrativas diversas y sobre las que existe una afinidad material y competencial con el Ministerio bajo su mando (por eso la *adscripción* se refiere a un sector de actuación). No es una noción de jerarquía, ni de vinculación sujeta de una entidad administrativa frente a otra. En el Derecho peruano, el Presidente del Consejo de Ministros responde generalmente por diversos organismos funcionalmente heterogéneos pero adscritos a la Presidencia del Consejo de Ministros, mientras los demás Ministros responden de manera más homogénea por entidades funcionalmente más cercanas al correspondiente Ministerio al que le corresponde mandar. Debe entenderse que la administración pública peruana del Estado se ha venido organizando en sus relaciones con el Parlamento mediante este instituto introducido al país desde 1963 con la antigua Ley del Presupuesto Funcional, no existiendo mayores datos para temer o alegar una posible afectación de la autonomía relativa de los organismos reguladores, a partir de su aplicación efectiva y frecuente.

Finalmente, este elemento aparece actualmente reconocido de manera única para todos los organismos reguladores, indicándose que quedan adscritos a la Presidencia del consejo de ministros (ver el artículo 32 de la LOPE).

Tampoco puede confundirse con una pérdida de autonomía de esta novedosa administración pública, si es que aparece en una determinada materia o sector de actuación, compartiendo potestades con otras que no gozan de sus presupuestos de protección, pues como bien lo afirmó BETANCOR la pérdida de este presupuesto «no quiere decir que el regulador tenga el monopolio de la ordenación de un mercado o sector económico determinado. El regulador independiente está inserto en un sistema de regulación de dicho sector en el que las potestades administrativas de intervención, control o supervisión están compartidas con otras autoridades administrativas que no responden a esa característica organizativa» (28).

Por otro lado es necesario precisar que estos «entes administrativos» utilizaron varias denominaciones en diferentes países (29), no existiendo hasta la fecha un consenso sobre su *nomen iuris*. Así por ejemplo se denominan *agencias* en el mundo anglosajón (30), *autoridades administrativas* en Italia y/o *autoridades administrativas independientes* en Francia y España, u *organismos reguladores* en nuestro país. Frente a esta terminología tan heterogénea he considerado conveniente utilizar para este trabajo el nombre de *organismos reguladores*, dejando de lado al término ajeno de A.A.I (31) u otros. En cualquier caso esta denominación considero es posible de ser generalizada en el Derecho peruano y su aplicación paritaria debe darse de manera obligatoria como una cura ante la desordenada legislación sectorial, a partir del reconocimiento actual hecho por el legislador peruano (según se explicará a continuación).

Sin embargo, a pesar de disparidad en las nomenclaturas en varias realidades, lo cierto es que la característica común de este tipo de administraciones públicas es que nacen a la par de acontecimientos económicos, políticos

(28) BETANCOR (2010: p. 314).

(29) ARAGÓN REYES (2009: p. 45).

(30) En sentidos terminológico y organizativo, utilizar las palabras Comisión y Agencia es lo mismo, teniendo ambas un claro origen en el Derecho norteamericano.

(31) Las administraciones públicas independientes, según definición que es perfectamente trasladable a nuestro Derecho, son «*organizaciones administrativas de carácter institucional no representativas, que desarrollan funciones propias de la Administración activa y que están configuradas legalmente de forma que el Gobierno y el resto de la Administración gubernativa carecen de las facultades de dirección que configuran típicamente su relación con la Administración institucional instrumental, y ello con la finalidad de neutralizar políticamente una actividad integrada en la órbita del Poder ejecutivo*». Ver esta cita en el interesante libro de MAGIDE HERRERO (2000: p. 33). Esta categoría es asumida en el Derecho peruano por el profesor ABRUÑA indicando que sólo quedan incluidas en esta clasificación el «*Jurado Nacional de Elecciones, el Banco Central de Reserva en el ejercicio de sus funciones específicas y la Superintendencia de Bancas y Seguros*». Ver esta cita en ABRUÑA (2010: p. 186).

y jurídicos propios de la liberalización (32). Por ejemplo en España, esta organización administrativa aparece en 1994 con la Ley de ordenación del sistema eléctrico nacional (LOSEN) ley 40/1994 que crea la primera Comisión reguladora española en la electricidad (CSEN), lo que más adelante sería la Comisión Nacional de la Energía (CNE) (33). Luego, continúa en 1996 con la expedición del Real Decreto-Ley 6/1996, de 7 de junio de Liberalización de las Telecomunicaciones, que creó la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (CMT).

A su turno, en Perú se originaron a partir de 1991 en medio de la denominada «*Reforma y modernización del Estado*» (34), proceso amplio que implicó la reducción estatal a una mínima expresión y la implantación —en general— de muchísima flexibilidad en la gestión de las organizaciones administrativas (incluso con la introducción —poco técnica— del Derecho privado). Esta reducción y retirada del Estado abrió paso a la entrada y competencia de nuevos operadores en varios sectores (despublicados) (35) y el correspondiente reacomodo de las nacientes administraciones públicas bajo la cláusula del *Estado regulador* (36).

(32) Ver reflexión preliminar de Fernández ORDÓÑEZ (1999: p. 5) en la obra de LASHERAS (1999).

(33) La CNE nació por Ley 34/1998, de 7 de octubre, de Sector de Hidrocarburos, y luego fue desarrollado por el Real Decreto 1339/1999, de 31 de julio, que aprobó su Reglamento.

(34) Esta expresión normativa presentada en el párrafo principal identificó a varios procesos de reforma administrativa iniciados por distintos Gobiernos peruanos. El primero de ellos fue establecido por el ex—Presidente Fujimori durante su primer periodo de gestión. Entre los distintos lineamientos que guiaron este proceso resaltaron: a) el establecimiento de un programa de renunciaciones voluntarias de empleados públicos y personal de empresas estatales, bajo incentivos económicos; b) la reorganización y creación de entidades cuyas funciones resultaban importantes para el éxito del programa económico del gobierno. Bajo este lineamiento apareció la administración tributaria y aduanera (SUNAT), el primer regulador denominado OSIPTEL (1991), el famoso INDECOPI (1992) y el segundo regulador denominado SUNASS (1992) y; por último, c) la reorganización de la administración pública en general. Posteriormente aparece un segundo intento hacia 1995 bajo el mismo Gobierno fujimorista. En este periodo se creó el tercer regulador denominado OSINERG (1996) y dos años después aparece el cuarto regulador llamado OSITRAN (1998). Un tercer momento fue la llamada modernización del Estado peruano planteada mediante la Ley No. 27658, norma que a lo largo de sus 4 capítulos y 15 artículos buscaba la obtención de mayores niveles de eficiencia del aparato estatal y una participación más directa de la Presidencia del Consejo de Ministros en este proceso. Para una revisión profunda de estos procesos de reforma puede examinarse —desde las Ciencias de la administración— la importante obra de RAMÍO MATAS (2008: pp. 60-63).

(35) Ver la obra de MALARET GARCÍA (2003: p. 757).

(36) Desde las Ciencias de la administración el profesor RAMÍO MATAS (2008) señalaba que estos procesos de implantación del Estado regulador parten «*de la base de un proceso de reingeniería organizativa orientando a mejorar la eficiencia y eficacia de los aparatos públicos convencionales, con eficiencia y eficacia orientados a obtener una moderna gestión*

En suma, es claro que la inclusión del Estado regulador permitió buena parte de la adaptación pública en los años iniciales de nuestra liberalización, a partir de las potestades que se habilitaron a las nuevas entidades regulatorias, siempre en la búsqueda de los dos propósitos antes mencionados y de corregir ineficiencias, desventajas y limitar asimetrías informativas. Sin perjuicio de esto el Estado regulador también aseguró que estos nuevos desempeños administrativos se efectuaran de manera más acorde a los mercados abiertos (pero sin que los últimos —a veces— dejen de ser intensamente intervenidos), en el que se permita la inclusión, participación y entrada de más operadores y agentes económicos. En suma, la *cláusula del Estado regulador* aunque pareciera ser una novedad de la liberalización no renovó nuestra «arquitectura administrativa» (37) (aunque sí permitió el alumbramiento de un Derecho administrativo peruano mucho más serio y científico), siendo correcto afirmar que fue un ajuste de los viejos paradigmas con ciertas nuevas fórmulas de intervención administrativa (38).

III. EL NACIMIENTO DE LOS ORGANISMOS REGULADORES PERUANOS

Además del propio proceso de liberalización de los noventa lo cierto es que las transiciones políticas en América Latina ayudaron mucho al nacimiento de las organizaciones regulatorias en esta parte del mundo (39) pues dieron el marco fáctico perfecto para cumplir con las exigencias ciudadanas de creación de Administraciones neutrales, permitir y asegurar el ingreso y participación de operadores económicos privados (inversión extranjera directa) y además originar un sistema mínimo de institucionalidad y gobernanza. En ese sentido, este antecedente histórico también resultó decisivo para nuestro país, no sólo para permitir un retroceso de la presencia estatal en los sectores productivos y de servicios, sino porque frenó los largos procesos de nacionalizaciones confiscatorias (40) que llevó adelante la dictadura militar anterior a

pública; Y por otra parte, de la necesidad de regular con eficiencia y neutralidad política (es decir con autonomía e independencia) numerosos sectores económicos y sociales generándose un proceso de centralidad combinada entre los agentes públicos y el mercado».

(37) Ver esta gráfica frase en la obra de LAGUNA DE PAZ (2016: p. 34).

(38) MUÑOZ MACHADO (2009: p. 18). Ver estos rasgos aparecidos en España con la implantación del Estado regulador en la obra de LINDE PANIAGUA (2005: pp. 44-45).

(39) La primera transición democrática frente al largo periodo de dictaduras vivida por Latinoamérica comenzó en República Dominicana (1978) y fue seguida luego por Ecuador (1979), Bolivia (1982), Argentina (1983), Nicaragua (1984), Brasil y Uruguay (1985), Guatemala (1986), Chile (1990), El Salvador (1992) y Panamá (1994).

(40) El largo periodo de la dictadura militar (1968-1980) es una época a ser estudiada por el actual Derecho administrativo peruano, pues mucho de lo realizado en esa etapa impactó en varios de los contenidos de los institutos que hasta ahora utilizamos. Por ejemplo

la Constitución de 1979 y que tuvo no pocos reflejos en la segunda parte de la década de los ochenta.

Este panorama sombrío cambió en los primeros años de los noventa, a partir que el país se embarcara en un programa de estabilización económica e inserción en escenarios internacionales aunado a una reforma estructural que incluía el citado y desordenado programa de privatización de empresas estatales. De este modo se eliminaron las restricciones a la inversión extranjera, impulsó la desregulación, la neorregulación y la lucha frontal contra el estatismo imparente en las épocas iniciales de la liberalización (41).

El contexto del nacimiento de los llamados organismos reguladores en el Perú se da en medio de estos procesos, incluso con anterioridad desmonopolización y pulverización de la iniciativa estatal en las telecomunicaciones, pero siempre al amparo de la liberalización emprendida antes de la promulgación de la vigente CP (42). Así pueden establecerse tres etapas claramente marcadas:

- (i) La primera iniciada a mediados de 1991 hasta 1998 que aparece normativamente dispersa y con menos dosis de autonomía para los recién creados.
- (ii) Una segunda a partir del año 2000 hasta el 2005, época en la que se consolida el desarrollo de estas entidades administrativas (a partir de la promulgación de la Ley No. 27332) y en la que también aparecen otras organizaciones administrativas que tienen componentes organizacionales y funcionales cercanos a los iniciales reguladores.

la expropiación forzosa y varias de sus deficiencias, tienen que ver con las anómalas construcciones que se usaron en esa época. En este periodo las nacionalizaciones de diversos bienes y servicios no tenían una compensación real, inmediata y efectiva a favor de los privados. Al menos, esto puede predicarse de la entrega de los llamados «bonos de la deuda agraria», tanto que éstos fueron considerados por el actual TCP como un elemento «no cancelatorio» por su propia entrega o tenencia (entonces fueron medios que atentaron contra la garantía patrimonial de los afectados). Ver, entre muchas otras, la STCP, recaída en el Exp. 0022-1996-PI/TC, 16 de julio del 2013, F.J. 14.

(41) ALCAZAR; POLLAROLO (2000: p. 15), BONIFAZ; URRUNAGA (2006: p. 7).

(42) Durante esta época inicial de la liberalización ocurre también la creación del INDECOPI mediante ley No. 25868 de noviembre del 1992, apareciendo configurado como un organismo público descentralizado adscrito a la Presidencia del Consejo de Ministros. Esta figura organizativa (de plena originalidad del legislador de la época) hasta ahora se sigue reconociendo como una especie de nuestra «descentralización funcional», que permite a la entidad «descentralizada» algunos niveles de autonomía y su creación legislativa mediante el uso de la técnica fundacional. Ver estas cuestiones en CABALLERO ORTIZ (1981: p. 7).

Por otro lado, el INDECOPI nació para promover el desarrollo de las libertades en la economía peruana, la leal y honesta competencia, así como para garantizar que los diversos mercados funcionen adecuadamente mediante libre competencia y protección de los consumidores, haciendo una suerte de árbitro general, aunque sin los niveles de autonomía con los que nacieron los organismos reguladores.

Esta etapa puede considerarse como la de reforzamiento institucional, paridad de tratamiento y eliminación de la dispersión con la que surgieron al inicio de la ola liberalizadora.

- (iii) Finalmente, el tercer periodo entre el año 2007 y el 2009 que estuvo marcada por la expedición de la LOPE, la cual ha fijado mecanismos y condiciones para que se creen nuevos reguladores, aunque muchas veces se les reconozca con otros nombres (principalmente con la denominación de Superintendencias y bajo la subcategoría de «Organismos técnicos especializados»).

En las siguientes líneas de este trabajo me ocuparé principalmente de la primera parte, tal como indica el título de este capítulo, sin embargo dado que se tratan de hechos separados sólo por la evolución legislativa aplicable a estas entidades administrativas, en algunas explicaciones introduciré las explicaciones sobre la segunda y tercera fase (esta última con datos más restringidos).

En primer término, como bien afirma DANOS, para el caso peruano no puede considerarse que estas organizaciones administrativas se concentraron sólo en espacios prestacionales. Su irrupción se dio también en ciertos aspectos concesionales con otras justificaciones de corte económico y para controlar ejecuciones contractuales, puesto que la creación de los «*organismos reguladores de los servicios públicos (telecomunicaciones, electricidad, saneamiento) y de las concesiones de obras públicas de infraestructura de transporte (puertos, aeropuertos, carreteras, vías ferroviarias) claramente inspirados en los modelos de los países anglosajones, con el objeto de garantizar un tratamiento técnico de la regulación y supervisión de las actividades económicas calificadas como servicios públicos, o que se desarrollan en condiciones de monopolio natural o poco competitivas y las que requieren para su desarrollo la utilización de redes e infraestructuras*» (43).

En el mismo sentido, también cabe reconocer que las cuatro iniciales organizaciones regulatorias no fueron planificadas en sus creaciones con un sólo *criterio* (de anterioridad o posterioridad a la aplicación de la correspondiente técnica aparecida en la liberalización). Por ejemplo el primer ámbito donde aparecieron (el OSIPTEL para el sector de telecomunicaciones) ocurrió en noviembre del año 1991 antes de la venta de la compañía peruana de teléfonos (CPT) que prestaba el servicio para la ciudad de Lima Metropolitana y de la propia empresa nacional de telecomunicaciones (ENTEL) que operaba en el resto del territorio peruano (44). Los otros tres aparecieron después de

(43) DANOS (2000: p. 60).

(44) El texto original del artículo 79 del Decreto Legislativo No. 702, norma dada dentro del paquete liberalizador y que debe ser catalogada como un instrumento más de neo-regulación, preceptuaba el origen del primer organismo regulador peruano en los siguientes

manera desordenada (45), incluso fuera de la privatización o como parte de los procesos de reforma estatal emprendidos por el Gobierno Fujimorista (46). Así, el OSITRAN surge «en fecha previa al inicio del proceso de otorgamiento de concesiones de infraestructura de transporte de uso público. En cambio, OSINERG fue creado años después del inicio del proceso de transferencia de la propiedad de empresas estatales y del establecimiento del nuevo marco regulador del sector. El caso de SUNASS es especial porque se trata de un organismo que fue creado en el marco del proceso de reestructuración del sector, saneamiento desarrollado durante los primeros años de la década pasada, por el cual los servicios de agua potable y alcantarillado que eran de responsabilidad de una empresa estatal nacional (SENAPA) fueron transferidos a las municipalidades provinciales y distritales, con excepción de la empresa de saneamiento de Lima – Callao (SEDAPAL) que mantiene su calidad de empresa del gobierno nacional» (47).

términos: «La Comisión Reguladora de Tarifas de Comunicaciones, que en adelante se denominará «Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones», se encargará de garantizar la calidad y eficiencia del servicio brindado al usuario y de regular el equilibrio de las tarifas».

(45) Los otros dispositivos de creación de los tres organismos reguladores iniciales de la liberalización surgieron fuera del paquete normativo de 1991. Así en diciembre de 1992, en medio del régimen del auto-golpe se creó el regulador con las dosis de protección organizativa más tenues y con un ordenamiento sumamente disperso, la denominada SUNASS encargada de proponer «las normas para la prestación de los servicios de agua potable, alcantarillado sanitario y pluvial, disposición sanitaria de excretas, reúso de aguas servidas y limpieza pública, fiscalice la prestación de los mismos, evalúe el desempeño de las entidades que los prestan, promueva el desarrollo de esas entidades, así como aplique las sanciones que establezca la legislación sanitaria y recaude las multas y tasas que esa misma legislación disponga» (ver el artículo 1 del decreto ley No. 25965). Posteriormente, el artículo 1 de la ley No. 26734 de 1996 creó el OSINERG (ahora llamado OSINERGMIN) como «organismo regulador, supervisor y fiscalizador de las actividades que desarrollan las personas jurídicas de derecho público interno o privado y las personas naturales, en los subsectores de electricidad, hidrocarburos y minería». Finalmente, unos años después en 1998, el legislador mediante los artículos 2 y 3 de la ley No. 26917 ordenó la creación del OSITRAN para intervenir en la infraestructura nacional de transporte de uso público y «regular el comportamiento de los mercados en los que actúan las Entidades Prestadoras, así como, el cumplimiento de los contratos de concesión, cautelando en forma imparcial y objetiva los intereses del Estado, de los inversionistas y de los usuarios».

(46) La SUNASS es el ejemplo más claro de la inclusión de una organización cuasi-regulatoria en un proceso de reforma estatal, sin que necesariamente existan espacios de privatización reales (la privatización de empresas estatales no es un presupuesto para su surgimiento). Esto es fácilmente demostrable pues en 1998 la naciente SUNASS había reconocido en su sector a 145 Empresas prestadoras de saneamiento (EPS) incluyendo a la poderosa empresa estatal SEDAPAL. El resto de estos operadores eran de propiedad de una serie de Municipalidades.

(47) DANOS (2000: pp. 61).

Es claro que estos dos ámbitos objetivos enlazados al ingreso de los privados en ciertos desmonopolizados servicios (con la anterior o consecuente privatización de las correspondientes empresas estatales que dejaron estos sectores) y, en segundo lugar, la inclusión de nuevas iniciativas en las infraestructuras en red del transporte terrestre, aéreo, marítimo, ferrocarrilero y fluvial; marcaron el inicio del modelo de competencia y de un incipiente régimen de fallos de mercado (por una asignación ineficiente de recursos mediante precios) que intento adaptar las ideas económicas de la *public choice* y de ciertos datos de la *regulation* norteamericana (48), bajo las cuales el «Estado debe regular para corregir este fallo (...) el mercado puede recuperar su lógica natural y alcanzar, por consiguiente, el óptimo paretiano» (49).

Es decir en este inicial nuevo marco regulatorio el Estado debe eliminar todas aquellas restricciones y barreras burocráticas que tienden a aumentar los costes de transacción, para lograr que los monopolios naturales puedan operar eficientemente sin que se deteriore la calidad del servicio o se generen precios que impliquen un abuso de posición de dominio de ciertos operadores. Esto luego decantara en la necesidad de ejercitar un supuesto nuevo cúmulo de poderes de la «regulación» mediante formas organizativas independientes, transparentes y eficientes, pero siempre ligadas a ámbitos de fuerte contenido económico (con posibilidades de rentabilización empresarial), los cuales marcarán una tendencia de origen —no justificada— de reducción de sus papeles en la realidad actual (50).

(48) Se nota mucho la influencia de la escuela económica de Chicago en una serie de documentos sobre la regulación y el papel de los organismos reguladores peruanos. Por todos se pueden revisarse las ideas vertidas en el siguiente enlace: https://www.osiptel.gob.pe/Archivos/Publicaciones/MMartinez_Chiclayo.pdf. Última revisión: 22/03/2017.

(49) BETANCOR (2010: p. 103). Debe aclararse que en el pasado las fallas del mercado constituyeron un argumento que ha servido para que el Estado proveyera directamente todos los bienes y servicios posibles, creándose la idea extendida en el país del Estado productor.

(50) Creo firmemente, que si existen en nuestra realidad actividades diversas que mezclan a operadores privados y públicos en aspectos tradicionalmente «sociales» (asistencia sanitaria, educación, etc.), pero que sin embargo muestran fuertes aspectos de incidencia empresarial, mercados y nociones económicas, podrán existir los presupuestos y contenidos suficientes para pensar en la aparición de potestades «regulatorias» para evitar daños a terceros, asegurar que estas actuaciones prestacionales «sociales» interanalicen los costes que generan y, por último, puedan tutelar la utilización racional de todo tipo de bienes públicos. Ver estas ideas en LAGUNA DE PAZ (2016: p. 35). Por eso, estimo es posible la creación y funcionamiento de organismos reguladores para servicios esenciales de diversa índole (de doble iniciativa sobre todo), siempre que el Legislador los permita, generando —en paralelo— la reducción o limitación de la jerarquía y las potestades de las administraciones públicas del Estado (y el propio Gobierno).

En cualquier caso en la actualidad muchas de estas consideraciones aparecen reflejadas en los «organismos reguladores en la sombra», organizaciones instrumentales que sin tener esta denominación y con algunos rasgos, se acercan y casi son muy cercanas a las organiza-

Lo anterior es el punto de partida de los «entes» reguladores peruanos, alejándose así del influjo gubernamental y la política, mostrando razonada autonomía, brindando a los inversores en ciertos sectores liberalizados o de nuevas infraestructuras en red, dosis de transparencia, velando al mismo tiempo por un trato imparcial frente a éstos que permita dirimir controversias e incertidumbres. Finalmente garantizando el acceso y los derechos de los usuarios del servicio o el emprendimiento correspondiente. En suma la finalidad última «*de la creación de los organismos anteriormente mencionados, fue la de garantizar un tratamiento técnico de la regulación y supervisión de las actividades económicas calificadas como servicios públicos, o que se desarrollan en condiciones de monopolio natural o poco competitivas y las que requieren para su desarrollo la utilización de redes e infraestructuras*» (51).

1. Una categoría para los organismos reguladores

Más allá de la heterógena denominación utilizada casuísticamente y que puede llevar a confusiones (entre superintendencia u organismos), el ordenamiento peruano reconoce que los organismos reguladores pueden quedar calzados como *administraciones públicas instrumentales*, los cuales evidentemente nacen por un mandato fundacional del Legislador, con personería jurídica-pública propia y otorgada directamente por norma legal, con un nivel dependencia a una de las tres administraciones públicas territoriales (la estatal), pero sin las dotaciones de independencia intensa y que particularmente la CP (y también la antigua Constitución) sólo otorga y reserva para las verdaderas *administraciones públicas independientes* (especie de organización administrativa institucional que como adelanté sólo puede ser predicada para el Jurado Nacional de Elecciones, la SBS y el BCR).

Al respecto el profesor ABRUÑA ha sido bastante claro en clasificar a este tipo de entidades administrativas, siendo jurídicamente posible que la siguiente definición que citaré pueda ser trasladable a su aparición e incluso resulte aplicable en las actuales circunstancias (dada la falta de cambio legislativo o constitucional sobre la independencia). Los organismos reguladores fueron y son *organizaciones instrumentales*, en tanto, aparecen configurados por el legislador con una «*cierta autonomía relativa con respecto a una organización pública superior, corporativa o estrictamente institucional, de la que dependen y a la que sirven. Son manifestaciones del uso de la técnica de descentralización, pero encierran en sí un fenómeno complejo en el que con una base común,*

ciones administrativas que vengo explicado. Del estatuto de algunas de estas Administraciones públicas me ocuparé en la última parte de esta colaboración.

(51) TASSANO VELAOCHAGA (2006: p. 246).

personalidad jurídica y cierta autonomía, los fines, medios, dependencias y sujeción al Derecho Público pueden ser muy diversos. Son creadas para gestionar una actividad propia de la Administración Pública de la que dependen, de ahí que se les denomine instrumentales» (52).

Es más, en concordancia con esta anterior categoría que desmitifica la supuesta independencia de los organismos reguladores respecto del Gobierno y el conjunto del Poder ejecutivo, estas entidades administrativas de la liberalización surgieron como fenómenos organizativos de una poco analizada *descentralización por servicios o funcional*, concepto que sin embargo aparecía reconocido expresamente en el antiguo Decreto Legislativo No. 560. En esta norma se permitía la creación de entidades administrativas dependientes del Presidente del Consejo de Ministros dedicadas a diversas actuaciones, pero con algún nivel de autonomía administrativa (ver los artículos 55, 56 y 57 del citado dispositivo). En años posteriores del presente siglo, esta misma noción de descentralización funcional también quedó reconocida en la actual LOPE a través de las denominadas entidades del Poder ejecutivo que quedaron adscritas a un específico Ministerio. Estas últimas pueden ser de dos tipos: (i) los organismos públicos ejecutores y (ii) los organismos públicos especializados (ver los artículos 28 y 29 de la ley No. 29158). Justamente dentro de esta última subcategoría se ha reconocido a los *organismos reguladores* como entidades de intervención básicamente economicista, puesto que actúan «*en ámbitos especializados de regulación de mercados o para garantizar el adecuado funcionamiento de mercados no regulados, asegurando cobertura de atención en todo el territorio nacional*» (ver el artículo 32 de la citada ley No. 29158).

En suma, aunque la actual normativa de organización de la administración del Estado presenta un nivel más alto de autonomía a favor del desenvolvimiento de los organismos reguladores, en virtud de la abierta eliminación de una serie de antiguas y expresas declaraciones de dependencia o pertenencia que se pueden revisar en las normas legales de creación de estas entidades (53), lo cierto es que antes y ahora puede catalogárseles como *administraciones institucionales instrumentales* capaces de tener un ámbito de protección con

(52) ABRUÑA (2010: pp. 180-181).

(53) Por ejemplo, resultaba bastante claro el original artículo 80 del Decreto Legislativo No. 702 que señalaba al OSIPTEL como «*un organismo público dependiente directamente del Presidente de la República, con autonomía administrativa, económica, financiera*». En el mismo sentido aparece el artículo 1 de la Ley No. 26734 que aunque declara al inicial OSINERG como entidad con «*personería jurídica de Derecho Público Interno*» y con un nivel alto «*de autonomía funcional, técnica, administrativa, económica y financiera*», aparecía configurado finalmente con un nivel de «*pertenencia*» al Ministerio de Energía y Minas. Más gráfica resultó la expresión contenida en el artículo 1 del decreto ley No. 25965 por la que se declaró que la SUNASS es «*una Institución Pública Descentralizada*» y autónoma, pero «*perteneciente*» al desaparecido Ministerio de la Presidencia.

niveles intensos de autonomía que deben ser sostenidos desde formas diversas (principalmente en la selección de sus directivos y otros mecanismos que permitan aislar su desempeño competencial). Sin embargo, dada su manifestada categorización siempre serán organizaciones administrativas necesitadas de que el Legislador apruebe y extienda ciertos modos de lejanía y de protección (mediante la no intervención subjetiva por parte del Gobierno y las propias administraciones ministeriales).

Así los organismos reguladores son depositarios y claras muestras organizativas de la descentralización funcional que imperó y hasta ahora subsiste en nuestro Derecho administrativo de la organización, apareciendo la última como una noción centrada en dotar al sujeto creado de una personalidad jurídica-pública distinta y propia, además de una serie de medios materiales, humanos y competenciales, pero siempre con algún de dependencia respecto de la organización administrativa fundadora, dato de origen que permite el nacimiento de múltiples opciones organizativas con más o menos niveles de autonomía administrativa, funcional, económica-financiera, de personal (54). En particular, y como una muestra concreta de la amplitud de supuestos que recoge la descentralización funcional peruana, los organismos reguladores se ubicaron y mantienen una posición de tutela y protección distinta incluso respecto de otras integradas en el conjunto de entidades instrumentales del Poder ejecutivo (55), dado su papel y la necesidad de muestras o manifestaciones

(54) Ver sobre los conceptos de la administración institucionales y la descentralización funcional en CABALLERO ORTIZ (1981) y ARIÑO ORTIZ (1974).

(55) Una muestra incompleta y por pulirse de esta protección diferenciada es el régimen de los órganos de gobierno de estos organismos reguladores. El Legislador indica que estas entidades administrativas se encuentran dirigidas «por un Consejo Directivo. Sus miembros son designados mediante concurso público. La ley establece los requisitos y el procedimiento para su designación. Sólo podrán ser removidos en caso de falta grave e incompetencia manifiesta debidamente comprobada, y con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros. La Ley establece el procedimiento para su cese» (ver numeral 6 del artículo 32 de la ley No. 29158). Al respecto creo que la única de construir un régimen de directivos de los Organismos reguladores alejado de los políticos es configurarlo como un componente o escalera final de una especial *carrera profesional y pública del personal regulatorio*, en la que existan posibilidades de concursos internos de ascenso entre los funcionarios que desde siempre han trabajado en el ejercicio de potestades y actuaciones de sectores regulados. No creo que el actual esquema de concursos públicos y designación con remoción por causales tasadas dirigidos por la Presidencia del Consejo de Ministros sea del todo malo respecto de la protección de la autonomía de la organización regulatoria, sin embargo nunca podrá ser comparable con un sistema de carrera que permita elegir a los mejores dentro del grupo de funcionarios concursados (que no le deben el puesto a nadie más que a sus capacidades y méritos personales). Vale decir, que el Legislador peruano podría construir, a razón de la Ley del servicio civil y la irrupción de un modelo de carrera vertical y horizontal, un sistema especial y distinto para este personal administrativo tan particular, incluyendo en la capa superior a sus respectivos Directivos y Gerentes.

concretas de *despolitización* que exigía el inicio de la liberalización (56), aunque siempre aparecerán rasgos de su vinculación de dependencia o cierto nivel de subordinación con el gobierno y ministerios (57).

Incluso esta mencionadas extensión y diversidad subsisten hasta el día de hoy. Al respecto dadas las similitudes entre las subcategorías de Organismos públicos del Poder Ejecutivo y el dato de la independencia competencial «*con arreglo a su Ley de creación*» que otorga el Legislador al barrido para los Organismos reguladores y otra modalidad de entidad instrumental (ver el artículo 31 de la LOPE), es que en el seno de nuestra descentralización funcional se viene produciendo un fenómeno extraño de intercambiabilidad y relativización de las denominaciones aplicadas al conjunto de estas puntuales organizaciones administrativas, bajo el cual se puede indicar normativamente una nomenclatura y supuestas diferencias funcionales u organizativas, pero en la realidad terminan apareciendo más cercanías que diferencias entre las administraciones públicas comparadas. Por tanto, a pesar que el Legislador pretenda plantear distancias entre los denominados organismos reguladores y los organismos técnicos especializados, algunas de las entidades administrativas creadas dentro de la última subcategoría aparecen ejercitando labores propias y conformadas con la estructura propia de un organismo regulador, aunque con protecciones y garantías más tenuous (a pesar de la independencia funcional general preceptuada por la propia LOPE) (58).

Por último el TCP aunque no ha construido nociones organizativas aplicables a los organismos reguladores, lo cierto en algunas sentencias de la década pasada se han intentado reforzar el valor de la *autonomía* de estas entidades administrativas, comprendiendo que esta característica otorgada por

(56) La preocupación por la obligatoriedad de la despolitización de los reguladores se ha mostrado en diferentes países occidentales. Así, un importante autor hace algunos años atrás consideraba que parte de las comisiones reguladoras de los servicios de red españoles habían sido copados: «*Los partidos políticos las han invadido, sus decisiones y las votaciones en su seno han estado cada vez más «alineadas», según las posiciones políticas de quienes nombran a sus miembros, con o sin instrucciones; las injerencias políticas en ellas han sido crecientes, y ello alcanzó su clímax cuando hace ya más de dos años (abril de 2007) el presidente de la CNMV decidió dimitir ante el intervencionismo gubernamental en la OPA sobre Endesa de Enel y Acciona*». Ver este comentario crítico del profesor G. ARIÑO, G en el siguiente enlace: <http://www.expansion.com/2009/07/17/opinion/1247861372.html>. Última revisión: 23/03/2017.

(57) Una muestra actual de esta dependencia o subordinación específica y controlada de los Organismos reguladores peruanos es que estas entidades deberán determinar «*su política de gasto de acuerdo con la política general de Gobierno*» (ver el numeral 1 del artículo 32 de la señalada LOPE).

(58) En suma, dada su falta de sistemática y coherencia, el legislador peruano superó hace buen tiempo el listado «cerrado» de Organismos reguladores establecido en el artículo 1 de la ley No. 27332.

el Legislador es muy valiosa para recubrir el correcto ejercicio de las potestades regulatorias y su propio funcionamiento de cara al interés público. Así, el Alto tribunal ha indicado que la «*supervisión del cumplimiento de los fines de la concesión está a cargo de órganos autónomos creados por Ley, como OSIPTEL o INDECOPI. Estos órganos están obligados a tutelar el derecho de los usuarios, así como el interés público, y para ello deben controlar que la prestación del servicio se realice en óptimas condiciones y a un costo razonable*» (59). Además, el TCP intuye la necesidad de componentes organizacionales distintos de estas entidades señalando que el «*Estado a través de los denominados Organismos Reguladores, controla la calidad y condiciones del servicio, fija la tarifa y garantiza, a su vez, generar condiciones de competencia en los segmentos donde esta sea posible*» (60).

IV. LOS ORGANISMOS REGULADORES APARECIERON Y CONTINÚAN COMO CUASI-INDEPENDIENTES

Considero que un dato distinto y novedoso de los organismos reguladores creados al inicio de la liberalización peruana es el relativo nivel de *cuasi-independencia* con el que aparecieron, debiendo entenderse que este dato organizativo es consecuencia de las distintas formas de autonomía reconocidas legislativamente (casi siempre relacionadas con aspectos administrativos, económicos-financiero y de gestión) y que no quitan ni aportan nada respecto de su categorización como entidad instrumental, aunque si abren el espacio para construir su régimen especial de organización. En suma se tratan de administraciones públicas surgidas con un amplio manejo técnico, funcional y capacidad para auto-organizarse y autoadministrarse (siempre con ciertos límites), pero sin la posibilidad de ser *independientes*, en tanto, separadas política y completamente del Gobierno y la administración del Estado. Si se quiere surgieron para tener un «ámbito de libre determinación, y la consiguiente relegación de la Administración gubernativa a un control esencialmente defensivo, es decir, más centrado en evitar que la entidad lesione intereses generales en el proceso de satisfacción de los intereses colectivos sobre los que se estructura, que en guiarla en el servicio de estos últimos» (61).

Sobre esto último, aunque la autonomía (y su producto específico: la *cuasi-independencia*) y la propia *independencia* puedan plantear la posibilidad de una diferencia de grado o intensidad, que no sólo se manifiesta en las distintas categorizaciones de entidad administrativa instrumental y administra-

(59) STCP, recaída en el Exp. 005-2003-AI, 03 de octubre del 2003, F.J 10.

(60) STCP, recaída en el Exp. 00034-2004-PI/TC, 15 de febrero de 2005, F.J 39.

(61) MAGIDE HERRERO (2000: p. 57).

ciones independientes, considero que en el caso de los iniciales organismos reguladores es mejor diferenciar a estas nociones en clave cualitativa puesto que la independencia siempre supone el rompimiento «*de la relación de instrumentalidad. Ruptura que no va dirigida a hacer posible la autoadministración, sino la neutralización política de una determinada actividad administrativa*» (62).

A partir de la distancia conceptual planteada, es evidente que la completa neutralización política del Gobierno nunca fue ni será predicable para nuestros organismos reguladores [entendido este concepto en un sentido jurídico de nula posibilidad de dirección del políticamente elegido o designado por éste dentro del Poder ejecutivo (63)], aunque tengan reconocidos por el Legislador un gran espacio y márgenes de maniobra para servir de manera mucho más neutral y objetiva a los intereses públicos sectoriales aparecidos en ámbitos prestacionales o de infraestructura en red. En suma el término *cuasi-independencia*, dada la posibilidad terminológica que existe en nuestro Derecho, abre el espacio para mostrarse como una denominación sintética que resume y junta a las diferentes autonomías reconocidas expresamente por el Legislador respecto de estas específicas entidades instrumentales (tanto antes como en la actualidad).

En adición, aunque se trate de una cuestión adaptada a la tercera etapa y a las vigentes reglas implantadas por la LOPE, bien vale la pena entender que la cuasi-independencia es la interpretación correcta de la genérica y actual calificación legal dada a los organismos reguladores como entidades administrativas con «*independencia para ejercer sus funciones con arreglo a su Ley de creación*» (ver el artículo 31 de la LOPE). El contenido de esta protección funcional esta emparentado a lo que SÁNCHEZ MORÓN denominó *autonomía de gestión*, noción que siempre resulta «*limitada en todo caso (...) aquellos organismos dependen de una Administración territorial (a través de un Ministerio en el caso del Estado)*» (64).

Pero regresemos a los inicios. Ahora bien esta característica esencial mostrada en la primera Legislación de creación de los Organismos reguladores se basa en dos pilares fácilmente discernibles y de permanente aparición positiva (incluso en las etapas posteriores al término de ola liberalizadora), a saber los aspectos propios respecto de «*las autoridades que integran su máximo órgano colegiado, además de su presidente, que no pueden ser cesados libremente por el Gobierno*» (65). En segundo la existencia de «*una prohibición*

(62) MAGIDE HERRERO (Ibidem, p. 58).

(63) ABRUÑA (2010: p. 185).

(64) SÁNCHEZ MORÓN (2010: p. 409).

(65) BETANCOR (2010: p. 314).

de impartición de órdenes e instrucciones por parte de éste que lo aleje de la función asignada» (66).

En ese sentido estos fundamentos diagraman los tipos de cuasi-independencia de los reguladores (o notas cercana a ella) las cuales deben aparecer efectivamente para ser considerados como tales (más allá del mero reconocimiento normativo). Existiendo así la *orgánica* y la *funcional*, ambas siempre respecto del Gobierno de turno. La primera está referida al nombramiento, remoción y cese de sus directivos y los mecanismos que se usan para tales fines (el estatuto personal de estos máximos funcionarios públicos). La segunda se encuentra planteada con respecto a la existencia de una relación de jerarquía, tutela o control del mismo Gobierno respecto de estas entidades manifestada en el dictado de instrucciones o directrices de obligado o vinculante cumplimiento, o, mediante la posibilidad de modificar actos resolutivos o decisiones regulatorias mediante algún tipo de recurso administrativo o mecanismo propio del ejercicio de potestades gubernativas (el encuadre organizativo y funcional del Gobierno ante estas nuevas entidades administrativas).

Vale decir que a partir de la influencia anglosajona con la que se fundaron nuestras organizaciones regulatorias, la cuasi-independencia fue intentada de ser asumida como un «*supuesto aislamiento*» de la influencia del poder encarnado en el Poder Ejecutivo, buscando separar la política y la administración, a partir de una intensa autonomía organizativa y la imposibilidad de intervención, participación conjunta o revisión de roles por parte de los Gobiernos y otras administraciones públicas. Sin embargo esta última posición extrema y ya entrada en años, no encuentra encaje constitucional actual y supone el desconocimiento de una serie de razones técnicas, de gestión y jurídicas que han ido por un camino más cercano a la conjunción de esfuerzos administrativos, a fin de afrontar mercados ordenados no sólo por las primeras entidades administrativas (tal como actualmente viene sucediendo con el Organismo de Fiscalización Ambiental y su espacio competencial compartido con los organismos reguladores clásicos creados al inicio de la ola liberalizadora) (67).

A partir de esta cuasi-independencia de doble modalidad se puede construir una serie de adicionales consideraciones definitorias de estas entidades instrumentales. La más importante es la *especialidad* de esta organización administrativa con la que apareció para afrontar la transformación de los sectores despublicados, con el propósito de asumir el papel de garante, supervisor y vigilante de las prestaciones brindadas por terceros, además del competente para el ejercicio de potestades de «*asignación de medios escasos o a la*

(66) BETANCOR (2010: p. 314).

(67) BETANCOR (2010: p. 327).

imposición de obligaciones adicionales de servicio» (68). En ese sentido, como bien ha afirmado el profesor BETANCOR, deben convertirse en organizaciones administrativas con algún nivel de independencia cuya especialización afecta a «la función y a la organización. Esta es una organización especial para desarrollar una función especial. La especialidad de la organización tiene por finalidad facilitar la especialización adecuada para el óptimo desarrollo de la intervención regulatoria en el contexto de las singulares circunstancias del mercado. La regulación precisa reguladores y éstos deben ser tan especiales como la regulación que han de desenvolver que, a su vez, será tan especial como el mercado sobre el que se va a proyectar dicha intervención» (69). Es decir son especiales en tanto «organismos únicos y establecidos ad hoc, a los que se tiende a atribuir en bloque funciones de regulación referentes a actividades o sectores de interés general» (70).

Por otro lado aparejadas a las dos anteriores aparece la *imparcialidad* que también resulto muy resaltada en el régimen de creación de estas organizaciones administrativas (71). Esta característica organizativa aparece configurada para reforzar la neutralidad y objetividad técnica con la que deben desenvolverse en los sectores liberalizados, principalmente en el desempeño de las llamadas potestades administrativas parajudiciales (de resolución de conflictos e incertidumbres mediante impugnaciones), las cuales, como bien afirmó ABRUÑA (para todas las administraciones públicas incluyendo las regulatorias) no representan «*expresión de potestad judicial (...) pues sus actos son realizados en virtud de una potestad administrativa que se encuentra revestida de la presunción iuris tantum de legalidad, a diferencia de la presunción iuris et de iure de legalidad de la que están dotados los actos realizados en virtud de potestad judicial*» (72).

Para cerrar las relaciones conceptuales de la cuasi-independencia vale indicar que aunque no aparecen expresamente reconocidas en los dispositivos iniciales, existen dos características adicionales que se enlazan con esta noción y aparecen implícitas en estos textos legislativos. Estas nociones han sido muy bien planteados por BETANCOR y han servido para otorgar la cobertura suficiente: (i) al nacimiento de mecanismos para solucionar los conflictos de interés aparecidos en supuestos concretos (monopolios naturales y los servicios

(68) SCHMIDT-ASSMANN (2003: p. 257).

(69) BETANCOR (2010: pp. 317-318).

(70) BACIGALUPO SAGESSE (2008: p. 17).

(71) Ver esta característica implícitamente recogida en el original artículo 79 del Decreto Legislativo No. 702 tras el ámbito objetivo del OSIPTEL como entidad administrativa encargada en el servicio de telecomunicaciones de «*garantizar la calidad y eficiencia (...) brindado al usuario y de regular el equilibrio de las tarifas*».

(72) ABRUÑA (2010: p. 113).

en red); y (ii) para crear instrumentos y actuaciones que permitan tener cierta de credibilidad ante los sujetos del mercado liberalizado (73). Ambas no han tenido desarrollo en las actuales circunstancias, aunque aparecen pensados en ciertas políticas de comunicación institucional y datos del empleo público practicados por estas organizaciones regulatorias.

Como última cuestión es necesario indicar que la cuasi-independencia aparecida durante el surgimiento de las organizaciones regulatorias, al estar basada en la autonomía y otros datos organizativos planteados por el Legislador en cada norma de creación (esencialmente los niveles de dependencia o vinculación subjetiva), no siempre pudo (y podrá) atribuirse de igual manera a los organismos reguladores iniciales (ni tampoco a los nuevos que se han creado a partir de la segunda etapa antes mencionada). Esta cuestión de disparidad en el tratamiento determina la necesidad de revisar casuísticamente sus regímenes de autonomía, bajo la idea de una manifiesta diversificación organizativa regulatoria (74).

Así, puede establecerse un primer grupo de reguladores en los que la cuasi-independencia se configuró con múltiples ámbitos de auto-organización y auto-administración, básicamente en aspectos administrativos, económicos, financieros y en los que aparecieron finalmente reflejados en una lenta construcción de la selección y remoción diferenciada de Directivos y menos niveles de sujeción respecto del propio Presidente de la República o de una concreta entidad ministerial (cuestiones que sobre todo se afianzaron durante la segunda etapa a partir de la promulgación de la Ley No. 27332). En este grupo puede considerarse al OSIPTEL, OSINERG y OSITRAN, todas entidades regulatorias en las que se puede revisar unos iniciales datos de fuerte y estricta dependencia (75) pero con dosis altas de autonomía funcional, que terminaron por ensamblar una ordenación propia y equilibrada con potestades administrativas protegidas.

El segundo grupo está conformado en solitario por la SUNASS, entidad instrumental que, como adelanté, no surgió como una directa consecuencia o necesidad de respuesta regulatoria en el subsector saneamiento (sino como producto del proceso de reforma y disminución del aparato administrativo estatal), apareciendo en sus orígenes con una dependencia directa a una extinta organización ministerial (el Ministerio de la Presidencia), «*con personería de derecho público*» y «*patrimonio propio y autonomía funcional*,

(73) BETANCOR (2010: pp. 331-334).

(74) SÁNCHEZ MORÓN (2010: p. 407).

(75) Por todos, puede revisarse el texto original del artículo 80 del Decreto Legislativo No. 702 que preceptuaba que el «*Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones, es un organismo público dependiente directamente del Presidente de la República, con autonomía administrativa, económica, financiera*».

económica, técnica, financiera y administrativa» (ver el artículo 1 del Decreto Ley No. 25965). El dato diferenciador en este regulador se encontraba en el señalamiento como único órgano de gobierno al correspondiente Superintendente, sin que ningún Consejo Directivo aparezca en esta posición máxima, situación que en la práctica aminoró las posibilidades reales de autonomía funcional de esta organización regulatoria, puesto que la designación de este órgano unipersonal correspondía «*al Presidente de la República, a propuesta del Ministro de la Presidencia, mediante Resolución Suprema*» (ver el artículo 16 de la Ley No. 26284) (76).

Debe indicarse que la evolución legislativa y reglamentaria colaboró mucho en fortalecer una cuasi-independencia más vertebrada y real de ambos grupos durante la segunda etapa de la historia de los organismos reguladores, demostrada —en concreto— con la introducción de un esencial y estándar régimen de acceso y remoción regulada del conjunto de Directivos de estas entidades. En ese sentido, nunca debe dejar de tomarse en cuenta a la Ley No. 27332 como la reductora del margen de las remociones (77) y, en fechas posteriores, a la esencial reforma de origen reglamentario que permitió la primera aplicación de concursos públicos (78) como técnica de salvaguarda de las designaciones del Presidente y miembros en los respectivos Consejos Directivos, permitiéndose así algún grado de aplicación de los principios de igualdad, mérito y capacidad.

En suma en la etapa de la unificación normativa se produjo un reforzamiento muy importante de la cuasi-independencia *orgánica*, aunque algunos

(76) También puede revisarse esta diferencia organizativa de la naciente SUNASS en DANOS (2000: p. 67).

(77) El reformado numeral 6.4 de esta ley reduce las causales de remoción de miembros sólo a los casos «*de falta grave debidamente comprobada y fundamentada, previa investigación en la que se les otorga un plazo de quince (15) días para presentar sus descargos, de conformidad con lo que se señale en sus respectivos reglamentos*».

(78) A pesar que la Ley No. 27332 sólo presentaba un régimen de acceso mediante designaciones, la posterior norma reglamentaria contenida en el Decreto Supremo No. 014-2008-PCM en sus artículos 2 y 9 admitió por primera vez el ingreso de Directivos de organismos reguladores mediante concursos públicos, abiertos y mediante la actuación de una Comisión evaluadora integrada por cuatro integrantes de corte técnico (que representaban a los Ministerios impactados por la actividad regulada). En este esquema de selección que se mantiene hasta la actualidad, una vez terminado el concurso, la Comisión selecciona una terna de candidatos que era dada a conocer al Presidente del Consejo de Ministros y éste, a su vez, lo presentaba al Presidente de la República. Finalmente es el Presidente de la República quien designa —de manera discrecional asumiendo cualquiera de las tres opciones— mediante Resolución Suprema a los miembros o miembro que integrarán el Consejo Directivo del organismo regulador. En conclusión esta norma reglamentaria creó un sistema de acceso mixto o intermedio para la alta burocracia de estas entidades administrativas (en el que se mezclan las fórmulas de concurso público y el sistema de libre designación política).

datos de esta época reflejan también la disminución de la intensidad de la dependencia al eliminarse este término de la definición contenida en el artículo 1 de la Ley No. 27332. Quedando los organismos reguladores reforzados en su ámbito competencial y autonomía funcional (al eliminarse cualquier forma de práctica de potestades de dirección activa y directa), pero nunca desligados de una vinculación y control de protección por parte del Gobierno (esencialmente para evitar cualquier lesión de intereses públicos y otras cuestiones puntuales de política general que no podían dejar de ser asumidas por el gobierno) (79).

Todos estos avances terminaron configurando las entidades administrativas que ahora conocemos y que se sostienen sobre la base de un régimen de apariencia estatutaria (80) compuesto por una garantía legal y reglamentaria de «*especial autonomía técnica y funcional respecto del poder político*» (81). La superación de la dependencia y control positivo que previó el Legislador en los primeros años de la liberalización y que se extendió hasta terminar la primera década del siglo pasado terminó transformándose completamente, permitiendo luego un segundo periodo de configuración como entidades administrativas con una importante cuasi-independencia protegida, pero que siguen manteniendo la incardinación y el valor de su instrumentalidad dentro del conjunto administraciones públicas estatales ubicadas en el Poder ejecutivo.

V. EL PRIMER ORDEN COMPETENCIAL DE LOS REGULADORES

El surgimiento de este tipo de entidades administrativas estuvo marcado por un orden competencial disímil (82), en razón de la dispersa normatividad

(79) MAGIDE HERRERO (2000: p. 57).

(80) Indico la condición de «apariencia estatutaria» pues aparece como un régimen de reglas cerradas e imposibles de ser ampliadas en cuanto a los destinatarios (ver la lista de *numerus clausus* del artículo 1 de la Ley No. 27332), debido a la singularidades funcionales y organizativas de los organismos reguladores, pero que, sin embargo, dado el desorden de nuestra descentralización funcional y la falta de un adecuado Derecho administrativo de la organización, ha llevado al acercamiento muy estrecho de algunas entidades instrumentales de reciente creación para situarse en la posición de auténticos reguladores en la sombra, a pesar de denominarse y asimilarse a la subcategoría legislativa de «organismos técnicos especializados» (ver el artículo 31 de la LOPE). En el acápite final de este apartado trataré brevemente sobre esta cuestión tan actual, pero necesitada de contrastar respecto a los inicios de la liberalización.

(81) DANOS (2000: p. 63).

(82) Existieron un total de cinco leyes que habilitaron de diferentes potestades a los nacientes organismos reguladores, a saber: el Decreto Legislativo No. 702 (artículos 80, 81 y 82) para el OSIPTEL, la Ley No. 26284 (artículos 10 al 15) y el Decreto Ley No. 25965 (artículo 1) para la SUNASS, la Ley No. 26734 (artículo 5) para el OSINERG y por último la Ley No. 26917 (artículos 4 al 8) para el OSITRAN. Posteriormente, el Legislador ha tenido

que acompañó y otorgó cobertura a sus sucesivas creaciones, característica última manifestada con la promulgación de alguna norma legal extra que se necesitó para terminar de completar el proceso de habilitación de potestades administrativas a favor de estas nuevas organizaciones instrumentales. A pesar de este inicio algo caótico lo cierto es que si es posible encontrar un núcleo de potestades básicamente centradas y de cobertura en el régimen de política administrativa (el grupo de funciones más importante y representativo), potestades regulatorias no limitatorias, sumadas a potestades reglamentarias, auto-organizativas y de corte interno y parajudiciales, las cuales —más allá y salvo denominaciones disímiles aparecidas con las atribuciones dispersas— se han mantenido hasta la actualidad (ver los vigentes artículos 3, 4 y 5 de la Ley No. 27332).

El primer conjunto son potestades que resultan completamente explicables y contenidas en la clásicas técnicas de la policía administrativa (83), salvo algunos agregados más recientes y bastante escasos de entidad conceptual (84). Pudiendo clasificarse en: (i) potestades de ordenación y control (85) regulatorio destinadas a mantener y promover una competencia efectiva y justa entre los operadores (allí donde el sector lo permita) o de mantenimiento de estándares de calidad y eficiencia en las actuaciones prestacionales o correspondientes ejecuciones contractuales de las concesiones de la infraestructura del transporte y servicios (manifestada principalmente en la posibilidad de imponer órdenes, mandatos prohibitivos, y medidas correctivas) (ii) potestades de supervisión y

un intento fallido por intentar uniformizar el orden competencial mediante la implantación de un solo régimen de potestades (ver los artículos 3, 4 y 5 de la Ley No. 27332), sin embargo al dejar vigentes todas las normas de creación (con una derogación diferida y supeditada a la producción de los nuevo regímenes, los cuales en muchos casos nunca se crearon salvo alguna excepción), permitió la coexistencia de un orden competencial único y las potestades propias habilitadas durante la primera fase de creación. Es decir, mezcló el orden con la dispersión funcional, situación que demuestra la falta de sistémica y política normativa que nos acompaña en múltiples ámbitos de actuación.

(83) Considero que el concepto de policía administrativa debe ser entendido en como una categoría institucional manifestada en diversas potestades destinadas a limitar y delimitar derechos y libertades, a fin de mantener el orden público. Esta última noción ha sido definida como «*un mínimo juzgado imprescindible para la convivencia en comunidad*». Ver esta última cita en REBOLLO PUIG (1999: p. 281).

(84) Tal como lo ha podido demostrar el profesor LAGUNA DE PAZ (2016: pp. 33-34).

(85) DANOS (2000: p. 73). En la actualidad, es claro que estos mecanismos de control ha tenido avances hacia técnicas más flexibles, aunque no con los nombres comunitarios, que por sobre todo buscan el cumplimiento de «*deberes de información y transparencia, actividades comunicadas y declaraciones responsables (...) procedimientos de evaluación y auditoría (...) que eliminan trabas burocráticas a las empresas*». Ver esta cita en SÁNCHEZ MORÓN (2010: p. 644).

fiscalización (86) referidas principalmente al contraste material, revisión del cumplimiento de diversas obligaciones normativas, contractuales y técnicas por parte de los correspondientes operadores y agentes regulados, todas las cuales quedarían enmarcadas en una gran competencia inspectiva (87) (iii) potestades de delimitación del contenido de los derechos de los regulados (iv) potestades de investigación preliminar y de indagación de medios indiciarios, que puede aparecer en paralelo o juntas con las anteriores (v) potestades sancionadoras en contra de conductas tipificadas y cometidas por los sujetos regulados (lo cual incluía las subpotestades de inicio, procesamiento, imposición de punición y ejecución de la misma).

En segundo lugar las potestades regulatorias no limitatorias estaban principalmente compuestas por: (i) Competencias diversas de promoción, información y sostenimiento de la competencia leal en el sector regulado, además de «*determinación de niveles de calidad y cobertura del servicio, y garantía de las condiciones de acceso a la actividad y utilización de las redes*» (88) (ii) Potestades tarifarias que permitieron establecer la remuneración de ciertos concesionarios de naturaleza privada (89) (iii) potestades de fijación de precios manifestada principalmente en las actuaciones del OSITRAN respecto a mercados relativamente competitivos en los que no existían cláusulas tarifarias y con relación a «*otros cobros*» (90) y (iv) potestades de colaboración y asistencia con las entidades ministeriales competentes y cercanas al sector regulado.

(86) La fiscalización y supervisión por el estricto y necesario funcionamiento del sector para el cual han sido creados, y el diseño de mecanismos que permitan mayores niveles de bienestar para los usuarios de los servicios o infraestructuras bajo su competencia, han sido de las cuestiones que más ha resaltado el TCP para los Organismos reguladores. Ver al respecto la STCP, recaída en el Exp. 0008-2003-AI/TC, 11 de noviembre del 2003, FJ 38, 39, 40 y 41.

(87) LAGUNA DE PAZ (2010: pp. 262-263).

(88) DANOS (2000: p. 73).

(89) Al respecto, debe entenderse que la tarifa «*debería reservarse a la remuneración exigida por la prestación de un servicio a través de concesionario o de entidad que actúa en régimen de derecho privado. La tarifa no es un ingreso de derecho público y no es manifestación de la potestad tributaria. La tarifa es ejercicio de la potestad tarifaria que nace con la conversión de una actividad de contenido económico en servicio público. En este sentido su fijación es fruto de una resolución sometida al Derecho administrativo, pero esta resolución no debe adecuarse a la normativa tributaria. La determinación de la tarifa responde a la financiación del servicio y, en el caso del concesionario, se vincula a la formalización del contrato concesional. No es fruto de un acuerdo, pero queda anudada a la vida del contrato en virtud del principio del equilibrio financiero*». Ver esta cita perfectamente adaptable a nuestro Derecho de las concesiones de servicios en TORNOS MAS (1994: p. 87).

(90) Este tipo de precios distintos a las tarifas aparecen cuando existen «*mercados que no funcionan en régimen de competencia efectiva (...) Con frecuencia, este es el caso de los sectores verticalmente integrados, en los que la prestación de servicios requiere la utilización de infraestructuras difícilmente replicables*». Ver esta cita en LAGUNA DE PAZ (2010: p. 258).

Tanto las potestades de policía regulatoria como las no directamente limitantes habilitadas a favor de los cuatro organismos reguladores antes mencionados, conformaron la esencia de la citada primera *cláusula del Estado regulador* (de origen legal), que restringió las labores prestacionales públicas, permitió la destrucción del estatatismo y devolvió el protagonismo a los privados dentro de la vida social y económica del país (según lo reclamado por la subsidiariedad horizontal). Este orden competencial exacto adentró a estas nuevas entidades instrumentales en los caminos de la búsqueda del buen funcionamiento del mercado a través de la competencia y la libre concurrencia, pero sin dejar de preservar el equilibrio entre los intereses de los diferentes participantes (operadores, consumidores, usuarios, terceros interesados). Es desde esta doble perspectiva que los organismos reguladores peruanos encontraron su utilidad y justificación en cada uno de los sectores que sucesivamente fueron liberalizados.

Pero el recuento de las potestades definitorias e iniciales de los organismos reguladores no estaría completo si es que no se muestran algunas notas importantes sobre las potestades reglamentarias y parajudiciales, siendo ambas fundamentales para completar el mantenimiento de las condiciones adecuadas para superar y encontrar respuestas ante las disputas o incertidumbres de los participantes y, en adición, un marco de estabilidad jurídica apropiado que permite el despliegue de «*la confianza en el respeto a las reglas de juego, favorece la seguridad jurídica, y con ello, el desarrollo de la actividad económica*» (91).

En primer término, las potestades reglamentarias fueron instrumentalizadas para ejecutar y desarrollar las incompletas y parcas normas legales de creación y funcionamiento de los organismos reguladores, esto a través del único tipo de reglamento que se conoce en nuestro Derecho: el *ejecutivo*. Aunque muchas veces estas entidades administrativas buscaron plantear intentos o muestras efectivas de sobrepasarlo (mediante versiones de reglamentos independientes o, peor aún, a través de dispositivos infralegales *contra legem*) (92). Por lo dicho es que los dispositivos reglamentarios regulatorios (no importando la jerarquía del órgano productor o su variada nomenclatura de empaquetadura

(91) LAGUNA DE PAZ (2010: p. 267-268).

(92) Quizás la muestra más clamorosa de *reglamentos contra legem* sean las primeras normas de los organismos reguladores que crearon los regímenes sancionadores regulatorios, los cuales aparecieron sin tipos infractores, sanciones y un procedimiento preestablecidos en las leyes de creación y funcionamiento de estas entidades. Esto supuso una violación abierta de varios principios de Derecho sancionador, pero adicionalmente una importante desconfiguración de la potestad reglamentaria regulatoria y del propio principio de reserva de ley. Por todas, ver el primer régimen sancionador de telecomunicaciones recogido en la Resolución del Consejo Directivo N° 001-96-CD/OSIPTEL.

como Directiva, Resolución del Consejo Directivo, Resolución de Presidencia del Consejo Directivo, etc.) siempre debieron ser considerados (y hasta ahora lo son) como «*los que desarrollan y complementan una ley porque la ley misma lo ha previsto mediante llamamiento expreso. Por ser una norma subordinada y de colaboración con la ley, el reglamento ejecutivo ni puede contradecir la ley que desarrolla, ni puede regular aspectos esenciales de la materia porque supondría invadir la esfera material de reserva legal*» (93).

Finalmente las potestades administrativas parajudiciales aparecieron en el cuasi-estatuto de los Organismos reguladores —fundamentalmente— para ejecutar y viabilizar la *función arbitral*, la cual desde siempre los presentaba perfilados como entidades administrativas con algún grado de singularidad (94). En ese sentido, como bien lo ha reconocido el profesor ABRUÑA estas últimas son potestades administrativas comunes dotadas de la típica condición jurídico-formal *iuris tantum de legalidad* (similar a cualquier otra practicada por las organizaciones administrativas) y cuyos actos administrativos producidos en sus respectivos ejercicios siempre se encuentran sometidos al posterior control judicial. Sin embargo, estas competencias *materialmente* presentan aspectos de resolución de conflictos o disputas y eliminación de incertidumbres diversas entre privados intervinientes en los sectores regulados que reflejarían una cercanía a la potestad jurisdiccional, pero sin que esto determine confusiones o una fórmula de cercanía con las agencias norteamericanas (sólo tienen un contenido *materialmente* cercano a esta distinta función pública desempeñada por los Jueces de la República) (95). Por último, debe indicarse que las potestades parajudiciales de los organismos reguladores se expresaron principalmente en la resolución de distintos recursos administrativos referidos tanto a la solución de reclamos de usuarios y a la solución de controversias propiamente de los prestadores (96).

VI. A MODO DE CIERRE: UN EJEMPLO DE ORGANISMO REGULADOR EN LA SOMBRA

Tal como había indicado la evidente situación de diversidad organizativa continúa en el Derecho administrativo actual, dada la cercanía de los

(93) PARADA VÁZQUEZ (2008: p. 57).

(94) LAGUNA DE PAZ (2010: 33). En la doctrina peruana TASSANO ha indicado que la función arbitral se aplica sobre el sector regulado con el propósito de buscar «*el equilibrio entre los intereses de los usuarios, de los prestadores del servicio y del mismo Estado. Por ello, la regulación debe ser utilizada como un instrumento al servicio del mercado y no como un sustituto del mismo*». Ver esta cita en TASSANO VELAOCHAGA (2016: pp. 111).

(95) ABRUÑA (2010: p. 109).

(96) DANOS (2000: pp. 76-93).

organismos reguladores con algunas organizaciones administrativas de clara intervención regulatoria en ámbitos prestacionales (pero que aparecen clasificadas legislativamente dentro de la categoría alternativa de *organismos técnicos especializados* según el artículo 31 de la LOPE).

En este acápite final intentaré sacar a la luz y explicar el fenómeno de intercambiabilidad y relativización de la supuesta lista legal cerrada de los cuatro organismos reguladores (ver el artículo 1 de la Ley No. 27332), que en la actualidad se presenta de manera muy potente generando más semejanzas y cercanías organizativas y funcionales entre las comparadas, pues en suma todas comparten la naturaleza de entidades instrumentales con autonomía relativa, niveles de dependencia y vinculación efectiva con el Poder Ejecutivo (97). En cualquier caso en esta parte sólo me referiré brevemente a una de las entidades nuevas creadas al amparo del mega proceso de aseguramiento universal en salud (la SUSALUD), siendo un ejemplo suficiente para mostrar la naturaleza cuasi-estatutaria del régimen organizativo regulatorio y, claro está, la posible ampliación del número actual de entidades regulatorias (más allá de las denominaciones institucionales y ciertas posiciones de *congelamiento* de la citada ordenación) (98).

En los últimos años, a partir del 2009 y con la LOPE en plena vigencia, con denominaciones más o menos paritarias, el Legislador ha venido creando ciertas entidades instrumentales para desempeñar funciones casi idénticas a los organismos reguladores (potestades de limitación regulatoria, parajudiciales, reglamentarias, determinación de precios, etc.). Así primero apareció la SUTRAN en el sector del servicio del transporte terrestre; luego la SUSALUD para cuidar y velar por la asistencia sanitaria pública y privada, además del desenvolvimiento del propio proceso del aseguramiento universal en salud; y, más recientemente, la SUNEDU para regular al conjunto de universidades públicas y privadas en las prestaciones del denominado «servicio educativo universitario». En todas estas entidades los datos organizativos que presenta el Legislador los concretizan con alta dosis de autonomía funcional (manifestada en aspectos administrativos, técnicos, económicos-presupuestarios, etc.), otorgamiento de personería jurídica-pública propia y potentes capacidades de gestión enmarcadas en una dependencia de corte negativo. Es más, al ser parte de los organismos públicos especializados (al igual que los reguladores), actúan siempre con la protección de la independencia funcional «*con arreglo a su Ley de creación*» (preceptuada en el artículo 31 de la LOPE). Todo esto

(97) ABRUÑA (2010: pp. 180-181).

(98) En la postura contraria, a pesar que no lo indican expresamente, sin embargo tampoco admiten la posible ampliación del régimen organizativo regulatorio a las nuevas Superintendencias dedicadas a aspectos prestacionales, puede revisarse a DANOS (2000: pp. 62-74) y TASSANO VELAOCHAGA (2016: pp. 110-118)-

podrá ser comprobado cuando se revise el régimen de la SUSALUD en las siguientes líneas.

Por otro lado este señalado fenómeno podría encontrar causas de explicación en la falta de claridad sobre los conceptos de entidad instrumental y los propios institutos de la descentralización funcional que aparecen recogidos expresamente en la LOPE, además de la propia omisión del Legislador para plantear una clasificación general de la administración pública peruana. En la actualidad, todas estas causas juntas han terminado por pulverizar la supuesta naturaleza estatutaria del ordenamiento organizativo regulatorio, presentado de manera agregada la cercanía de las subespecies de «los Organismos públicos especializados» prevista en el artículo 31 de la LOPE (que divide a los organismos reguladores y los técnicos especializados), al menos respecto de las posiciones actuales de las tres entidades administrativas señaladas anteriormente.

En adición también parece que las respuestas diferenciadoras por la «entidad económica» y de «mercado» de los cuatro organismos reguladores iniciales, tampoco presentan datos de solución frente al fenómeno organizativo mostrado. Al respecto, existen actividades diversas que mezclan a operadores privados y públicos en aspectos tradicionalmente «sociales» (asistencia sanitaria, educación, etc.), pero que sin embargo muestran fuertes aspectos de incidencia empresarial, espacios de mercados y nociones económicas, donde vale añadir podrían existir los presupuestos y contenidos suficientes para pensar en la aparición de potestades «regulatorias» que busquen evitar daños a terceros en la actividad de los operadores, asegurar que estas actuaciones prestacionales «sociales» internalicen los costes que generan y, por último, sean capaces de tutelar la utilización racional de todo tipo de bienes públicos (99).

Por eso, aunque se busque generar un discurso exclusivamente «económico» para explicar la posición actual y singularidad de los organismos reguladores, estimo que éste es posible de ser superado largamente a partir de la creación y funcionamiento de nuevas organizaciones administrativas dedicados a la regulación de servicios esenciales de diversa índole (de doble iniciativa en particular), siempre que el Congreso de la República permita y los dote de condiciones organizativas y funcionales singulares (como ha sucedido con la SUTRAN, SUNEDU y SUSALUD), generando —en paralelo— la reducción o limitación de la jerarquía y las potestades propias de las administraciones públicas del Estado (y del propio Gobierno).

En cualquier caso, todo lo dicho necesita ser comprobado a partir de revisar el régimen organizativo y funcionamiento de algunas de estas nuevas entidades instrumentales que se han presentado como los «reguladores no tipi-

(99) LAGUNA DE PAZ (2016: p. 35).

ficados legislativamente». Así el artículo 9 de la LMAUS planteó la creación de la SUSALUD (antes llamada SUNASA) (100), como una entidad administrativa adscrita al Ministerio de salud e instaurada con fuertes dosis de «*autonomía técnica, funcional, administrativa, económica y financiera*», y que además, dada su catalogación legal como *organismo público técnico especializado*, podría sintetizar estas autonomías en la protección de la cuasi-independencia funcional «*con arreglo a su Ley de creación*» (ver el citado artículo 31 de la LOPE).

Al menos, de los datos funcionales presentados, es claro que surge una cercanía indudable con cualquier regulador. Es más, como veremos luego en la esencia funcional también la SUSALUD comparte otro problema típico de estas formas organizativas singulares. Así extrañamente el Legislador a sabiendas que la asistencia sanitaria es un sector sensible socialmente y propenso a la volatilidad e inmadurez de los políticos de turno, ha olvidado la implantación de algún mecanismo de reacción propio destinado a proteger la cuasi-independencia funcional de la SUSALUD, que le permita hacer frente a cualquier ataque o amenaza atentatoria de su contenido (piénsese en que esta organización actualmente controla y supervisa instituciones o establecimientos prestadores hospitalarios y de financiamiento pertenecientes al Ministerio de Salud, Gobiernos Regionales y Municipalidades). Por tanto aunque hubiese sido deseable algún mecanismo instrumentalizado mediante un procedimiento administrativo o incluso uno de corte judicial (fundamentalmente de dirimencia técnico-sanitario para paliar conflictos funcionales), lo cierto es que si aparecieran problemas de este tipo, esta entidad instrumental deberá recurrir a los existentes y comunes (atacar la actuación administrativa en la jurisdicción contencioso-administrativa o acudir a la sede del TCP para proteger sus potestades públicas mediante el proceso competencial regulado por el Código Procesal Constitucional).

En suma considero que otorgar autonomías sin medios para protegerlas puede ser altamente peligroso para separar y darle virtualidad a la cuasi-independencia funcional de la SUSALUD frente a los intentos de injerencia política y de dirección directa que hasta ahora aparecen por parte de los órganos administrativos de la administración estatal sanitaria (101). Es así, que aunque

(100) Lo interesante de la creación de esta entidad instrumental es que, a fin de evitar el despilfarro de fondos públicos y la duplicidad de órdenes competenciales, la antigua SUNASA (hoy SUSALUD) se crea sobre las cenizas y restos de la desaparecida Superintendencia de entidades prestadoras de salud (antigua entidad de intervención dedicada a la ordenación del sistema sanitario de los prestadores privados de salud creada al amparo del derogado decreto legislativo No. 887).

(101) HERNÁNDEZ-MENDIBLE (2009: p. 168). En ese sentido muchos de estos problemas tienen que ver con una interpretación maximalista de la dependencia de la SUSALUD con el

pareciese una entidad administrativa alejada de los problemas de la captura del regulador, tiene una evidente cercanía con estas complicaciones, las cuales dificultan el cumplimiento estable de sus fines de interés público (102).

Por otro lado, a pesar que existe una apariencia de cuidado por el elemento orgánico dentro de la LMAUS, pues se ha escogido que su máximo órgano de gobierno sea un Consejo Directivo integrado por cinco representantes (ver el artículo 18 del Decreto Legislativo No. 1158), órgano colegiado que sería gestionado —en principio— por miembros con competencias profesionales, experiencias y capacidades directivas, con topes mínimos de temporalidad debidamente demostrados y recogerían a la mayoría de actores principales involucrados en este proceso; lo cierto es que aparecen datos que demuestran flaquezas en el régimen de acceso de estos directivos.

En concordancia con lo antes indicado el gran diferencial de la SUSALUD respecto a la cuasi-independencia orgánica mantenida por los organismos reguladores tradicionales, no está tanto en la permanencia de los integrantes en su Consejo Directivo, que podría estar asegurada de los cambios y humores políticos en virtud del *auténtico régimen estatutario* que impediría su libre remoción del cargo, pudiendo sólo ser afectados de recaer en las causales tasadas legislativamente (ver el artículo 22 del Decreto Legislativo No. 1158). Por el contrario, las designaciones de estos miembros si tienen una gran distancia con las practicadas actualmente en el régimen de las entidades regulatorias, pues no tienen ningún nivel de selectividad y se presentan como completamente ligadas a la forma típica de la designación política por parte del Presidente de la República (ver el artículo 18 del decreto legislativo No. 1158).

Por tanto, respecto de la *cuasi-independencia orgánica* de la SUSALUD, ésta se presenta manifestada como en la primera etapa de los Organismos

Ministerio de Salud. Así dada su condición de organismo técnico especializado se sujeta «a los *lineamientos técnicos* del sector correspondiente con quien coordinan sus objetivos y estrategias» (ver el artículo 33 de la LOPE). En este punto, es claro que la cuasi-independencia funcional de esta entidad tiene un contenido de autonomía técnica inferior a la de los organismos reguladores creados durante la liberalización.

(102) Los fines que deberá velar la SUNASA, según el artículo 9 de la LMAUS son los siguientes: a) Fortalecimiento y promoción aseguramiento universal en salud. b) Uso eficiente y oportuno de los fondos destinados a dicho proceso. c) La garantía y protección para asegurar la calidad, puntualidad, eficiencia y eficacia de la provisión de las prestaciones. d) La instauración de reglamentación referida a la recolección, transferencia y difusión de la información por parte de los agentes vinculados al proceso de aseguramiento universal. e) El establecimiento, promoción y potenciación de mecanismos de conciliación y arbitraje entre los usuarios y las instituciones prestadoras y financiadoras. f) La transparencia y accesibilidad de la información en resguardo de los derechos de los asegurados. g) Otras que podrían ser planteadas por el legislador en virtud del avance de la supervisión (regulación) recaída sobre el proceso de salud pública explicado.

reguladores durante la implantación de la liberalización, con posibilidades muy amenguadas en el acceso selectivo, competitivo y público de sus directivos, pero con dosis de protección respecto de la permanencia y retiro de éstos.

Finalmente dada la necesidad de comprobar el fenómeno de la intercambiabilidad y la relativización del listado legal de los Organismos reguladores, el dato que terminaría por comprobar la naturaleza regulatoria de la SUSALUD, estaría en los bloques de potestades habilitadas por el legislador, las cuales pueden agruparse de la siguiente manera:

- i) Las potestades provenientes de la actividad de *policía administrativa*, siendo las que en mayor número y superior atención pueden reconocerse en la LMAUS y sus modificatorias. Entre ellas podemos identificar la potestad de control sobre la ejecución contractual, la función para imponer órdenes, para otorgar autorizaciones y otros títulos habilitantes necesarios para las diferentes actividades reguladas, la poderosa potestad inspectiva, la función para solicitar y exigir diversas comunicaciones obligatorias, la función de inscribir en registros administrativos actuaciones de los regulados referidas a la renovación y cancelación de su inscripción como «agentes vinculados al Aseguramiento Universal en Salud», y, finalmente, como no podía obviarse, las diversas potestades sancionadoras y de ejecución coactiva.
- ii) Las potestades *reglamentaria* y de *planificación general* (esta última mediante normas e instrumentos diversos).
- iii) Las potestades *regulatorias no limitantes* como la promoción de la competencia y acceso universal de las prestaciones asistenciales y las funciones consultivas y asistencia técnica.
- iv) Otras funciones referidas a potestades *parajudiciales* necesarias para dirimir administrativamente conflictos entre agentes y usuarios del proceso, las necesarias competencias decisorias para resolver recursos dentro de su ámbito de actuación funcional, entre otras. Además cuentan con las potestades para impulsar la solución de pleitos entre los privados mediante métodos alternativos de solución de conflictos (conciliación y arbitraje instalado en un centro propio y montado institucionalmente).

Como se habrá notado el orden competencial presentado se acerca de sobremanera a las habilitaciones de potestades de cualquier organismo regulador, al menos en las esencias y grandes tipos de estas funciones supuestamente distintas. En suma, a partir de los datos elaborados y mostrados en esta parte, me permito afirmar que la SUSALUD es una entidad administrativa con un régimen de cuasi independencia orgánica y funcional con muchísimas dosis de cercanía a las asimiladas para los organismos reguladores tradicionalmente

reconocidos en nuestro Derecho; lo cual obliga a pensar que estamos al frente de un régimen unificado de estas entidades administrativas, que no necesariamente se guía por datos de singularidad o económicos, sino por los cambios propios orquestados por el Legislador en la interna de la descentralización funcional (en la LOPE), siendo posible que existan muchos más reguladores, aunque con nombres distintos y ciertas variantes orgánicas o funcionales puntuales, cambios —por cierto— no sustanciales que no les hacen perder la esencia y el similar papel de aquellas importantes entidades administrativas nacidas al inicio de la liberalización en 1991.

VII. CONCLUSIONES DEL TRABAJO

A modo de cierre de este trabajo quisiera plantear tres conclusiones que saltan a la vista del lector:

- a) En primer término la liberalización, apoyada en la subsidiariedad horizontal, produjo no sólo cambios prestacionales y normativos en sectores, sino también supuso la creación de una nueva estructura organizativa administrativa que debía servir y acomodarse a ciertas características de unas aparentes «nuevas» potestades regulatorias, las cuales —desde una versión más estricta y ejecutiva— comportan una adaptación de la clásica policía administrativa y otras competencias que permiten la intervención correcta y el sostenimiento de estos sectores liberalizados.
- b) En segundo lugar, debo concluir que tanto las potestades de policía regulatoria como las no directamente limitantes habilitadas a favor de los cuatro organismos reguladores iniciales y surgidos en la primera etapa de la liberalización, conformaron la esencia de la primera *cláusula del Estado regulador*, la cual restringió las labores prestacionales públicas, permitió la destrucción del estatismo y colaboró con devolver el protagonismo a los privados dentro de la vida social y económica del país (según lo reclamado por la subsidiariedad horizontal o social).
- c) Finalmente, la *cláusula peruana del Estado regulador* y la habilitación legal de un conjunto de potestades administrativas, adentró a estas nuevas entidades instrumentales en los caminos de la búsqueda del buen funcionamiento del mercado a través de la competencia y la libre concurrencia, pero sin dejar de preservar el equilibrio entre los intereses de los diferentes participantes (operadores, consumidores, usuarios, terceros interesados). Es desde esta doble perspectiva, que los organismos reguladores peruanos encontraron su utilidad y justificación en cada uno de los sectores prestacionales que sucesivamente fueron liberalizados.

VIII. ABREVIATURAS

AAI	Agencia ejecutiva
AE	Autoridad administrativa independiente.
BE	Banco de España
CMT	Comisión del mercado de las telecomunicaciones
CNC	Comisión nacional de la competencia
CNE	Comisión nacional de energía
CNMV	Comisión nacional del mercado valores
COPRI	Comité de promoción de la inversión privada
CP	Constitución Peruana de 1993
CPT	Compañía peruana de teléfonos
CRI	Comisión reguladora independiente
CSEN	Comisión del sistema eléctrico nacional
CSN	Consejo de seguridad nuclear
CTE	Comisión tarifas de energía
DS	Decreto Supremo
DL	Decreto legislativo
EPS	Empresa prestadora de servicio
INDECOPI	Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual
OSIPTEL	Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones
LCE	Ley de concesiones eléctricas
LDEGE	Ley para asegurar el desarrollo eficiente de la generación eléctrica.
LGS	Ley general de salud
LGTT	Ley General del Transporte Terrestre
LPAG	Ley de Procedimiento Administrativo General.
LMAUS	Ley marco del aseguramiento universal en salud
LEAASE	Ley de antimonopolio y antioligopolio del sector eléctrico.
LOPE	Ley orgánica del poder ejecutivo
LOSEN	Ley de ordenamiento del sector eléctrico nacional.
LPAG	Ley de procedimiento administrativo general
LMOR	Ley marco de los organismos reguladores
LMCIP	Ley marco para el crecimiento de la inversión privada
LSH	Ley del sector de los hidrocarburos
MEF	Ministerio de economía y finanzas

MIDIS	Ministerio de Desarrollo e Inclusión Social
MIMP	Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables
MINEM	Ministerio de energía y minas
MTC	Ministerio de transporte y comunicaciones
OSINERGMIN	Organismo supervisor de la inversión en energía y minería.
OSIPTEL	Organismo supervisor de la inversión en telecomunicaciones.
OSITRAN	Organismo supervisor de la inversión en infraestructura de transporte de uso público.
PCM	Presidencia del Consejo de Ministros
PROINVERSION	Agencia de promoción de la inversión privada.
SIS	Seguro integral de salud.
STCP	Sentencia del Tribunal Constitucional Peruano
SUNASS	Superintendencia Nacional de Servicios de Saneamiento.
SUSALUD	Superintendencia nacional de salud
SUTRAN	Superintendencia de transporte terrestre de personas y mercancías.
TCP	Tribunal Constitucional Peruano
Tdp S.A	Teléfonica del Perú S.A.

IX. BIBLIOGRAFÍA

- ABRUÑA PUYOL, A. (2010): *Delimitación jurídica de la administración pública en el ordenamiento peruano*, Palestra, Lima.
- ABRUÑA PUYOL A.; BACA ONETO V. (2012): *Notas al curso de Derecho Administrativo*, pro manuscrito, Facultad de Derecho de la Universidad de Piura.
- ALCÁZAR, L.; POLLAROLO, P. (2000): *La regulación y el manejo de controversias de los sectores de telecomunicaciones y electricidad. Un análisis institucional comparativo*. Documento de trabajo No. 5, Instituto Apoyo, Lima.
- ARAGÓN REYES, M. (2009): «Del estado intervencionista al Estado regulador», en el Vol. Col. *Tratado de regulación del sector eléctrico*, tomo I, Edit. Aranzandi Cizur Menor.
- ARIÑO ORTIZ, G. (2012): «Modelos comparados: el contexto iberoamericano», en vol. col. *Regulación económica. Lecturas escogidas*, Thomson-Reuters-Aranzandi, Madrid.
- (2012): «Los mercados de electricidad. el mercado interior de electricidad en Europa. Estado de la cuestión y tendencia en el umbral de 1995», en

- el Vol. Col. *Regulación económica. Lecturas escogidas*, Thomson-Reuters Aranzadi, Madrid.
- (2004): *Principios de Derecho público económico*, Ara, Lima.
 - (1997): *Sobre el significado actual de la noción de servicio público y su régimen jurídico (hacia un nuevo modelo de regulación)*, en el Vol. Col. *El nuevo servicio público*, Marcial Pons, Madrid.
 - (1993): *Economía y Estado crisis y reforma del sector público*, Edit. Marcial Pons, Madrid.
- BACA ONETO, V. (2006): «Los medios “alternativos” de solución de conflictos en el derecho administrativo peruano (en especial, análisis de la transacción y el arbitraje en la ley de contratos y adquisiciones del estado)», *Revista Lima Arbitration*, número 1, Lima.
- BACIGALUPO SAGGESE, M. (2008): «El papel de los reguladores en el mercado interior de la electricidad», *Noticias de la unión*, núm. 284, año xxiv, Edit. Wolters Kluwer, Madrid.
- BETANCOR RODRÍGUEZ, A. (2010): *Regulación, mito y Derecho: desmontando el mito para controlar la intervención de los reguladores económicos*, Civitas, Madrid.
- BONIFAZ, J.; URRUNAGA, R. (2006): *Regulación y concesiones de servicios públicos*, Edit. CIES-UP, Lima.
- BULLARD GONZÁLEZ, A. (2011): «El otro pollo. La competencia desleal del estado por violación del principio de subsidiariedad», *Revista del Círculo de Derecho Administrativo*, número 10.
- CABALLERO ORTIZ, J. (1981): «La descentralización funcional», *Revista de Derecho Público*, número 8.
- CAIRAMPOMA ARROYO, V. (2012): *(Re) interpretación del principio de subsidiariedad en el ordenamiento jurídico peruano*, en el Vol. Col. V Congreso nacional de Derecho Administrativo, Palestra, Lima.
- DANOS ORDÓÑEZ, J. (2000): «Los organismos reguladores de los servicios públicos en el Perú», *Revista Peruana de Derecho de la empresa*, número 45, Lima.
- FERNÁNDEZ GARCÍA, M. Y. (2003): *Estatuto jurídico de los servicios esenciales económicos en red*, Ed. Ciudad Argentina – INAP, Madrid – Buenos Aires.
- HERNÁNDEZ-MENDIBLE, V. (2009): *Telecomunicaciones, regulación y competencia*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas.
- GUARNIDO RUEDA, A.; JAÉN GARCÍA, M.; AMATE FORTES, I. (2007): *La desregulación y privatización de las empresas públicas. El caso de las telecomunicaciones en España*, Edit. Universidad de Almería, Almería.

- PARADA, R. (2004): *Derecho administrativo I*, parte general, Ed. Marcial Pons, Madrid.
- LAGUNA DE PAZ, J.C. (2016): *Derecho administrativo económico*, Thomson-Reuters, Navarra.
- LASHERAS, MIGUEL A. (1999): *La regulación económica de los servicios públicos*, Editorial Ariel, S.A., Barcelona.
- MAGIDE HERRERO, M. (2000): *Límites constitucionales de las administraciones independientes*, INAP, Madrid.
- MALARET GARCIA, E.: (2007): *Administración pública y regulación económica*, en AA.VV. – Publicaciones de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo, Edit. Thomson – Aranzadi S.A.-Cizur Menor, Navarra.
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S. (2002): *Derecho administrativo económico*, La Ley, Madrid.
- MUÑOZ MACHADO, S. (2009): «Fundamentos e instrumentos jurídicos de la regulación económica», en el Vol. Col. dirigido por Muñoz Machado, S. y Esteve Pardo, J., *Derecho de la regulación económica. Fundamentos e instituciones de la regulación*, tomo I, Iustel-Inst. Ortega y Gasset, CNE, 1º edic, Madrid.
- PARADA, R. (2008): *Concepto y fuentes del Derecho administrativo*, ed. Marcial Pons, Madrid.
- Rebollo Puig, M. (1999): «La peculiaridad de la policía administrativa y su singular adaptación al principio de legalidad», *Revista Vasca de Administración Pública*, número 54.
- SÁNCHEZ MORÓN, M. (2010): *Derecho administrativo. Parte general*, Tecnos, Madrid.
- SHIMABUKURO TOKASHIKI, R. (2016): «Privatización y extinción del régimen concesional en materia de servicios públicos y obras públicas de infraestructura en el marco jurídico de promoción de la inversión privada», *Revista de Derecho Administrativo*, número 16.
- TASSANO VELAUCHAGA, H. (2016): «Competencia y regulación», *Revista de Derecho PUCP*, número 76.
- TORNOS MAS, J. (1994): «Potestad tarifaria y política de precios», *Revista de Administración Pública*, número 135, septiembre-diciembre, Madrid.
- VIRGALA FORURIA, E. (2006): «Agencias (y agencias reguladoras) en la Comunidad Europea», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, num. 05, enero-junio del 2006, edit. Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla.

LA RESPONSABILIDAD MEDIOAMBIENTAL EN ALEMANIA(*)

JOSÉ MIGUEL BELTRÁN CASTELLANOS

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.– II. LA LEY DE RESPONSABILIDAD POR DAÑOS AMBIENTALES DE ALEMANIA: 1. Antecedentes. 2. Estructura y caracteres. 3. El principio de supletoriedad. 4. El concepto de daño al medio ambiente. 5. El ámbito de aplicación: A) La responsabilidad objetiva y subjetiva. B) Supuestos excluidos. 6. La responsabilidad: A) El concepto de responsable. B) Las obligaciones del responsable: a) La obligación de información. b) La obligación de prevención de daños. c) La obligación de reparar los daños. d) La obligación de sufragar los costes. e) Las obligaciones en el caso de varios responsables. 7. La autoridad competente. 8. El procedimiento de exigencia de responsabilidad medioambiental. 9. El ámbito de aplicación temporal.– III. LAS REGULACIONES ESPECÍFICAS: 1. Los daños a las especies y los hábitats. 2. Los daños a las aguas. 3. Los daños al suelo.– IV. EL SEGURO ALEMÁN DE RESPONSABILIDAD POR DAÑOS AMBIENTALES: 1. Prescindiendo de las garantías financieras obligatorias. 2. Los problemas relacionados con la asegurabilidad de los daños medioambientales. 3. El modelo de seguro Umweltschadensversicherung. 4. Comparativa entre el Umweltschadensversicherung y los seguros que oferta el PERM. 5. El futuro de los seguros de responsabilidad por daños ambientales en Alemania.– V. LAS PRINCIPALES DIFERENCIAS ENTRE LA LEY ALEMANA Y LA LEY ESPAÑOLA DE RESPONSABILIDAD.– VI. CONCLUSIONES.– VII. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: En el artículo se realiza un estudio de derecho comparado con el régimen de la responsabilidad medioambiental en Alemania, partiendo de la Umweltschadensgesetz, como ley encargada de la transposición al ordenamiento jurídico alemán de la Directiva 35/2004/CE, así como de las regulaciones sectoriales que protegen los recursos naturales (*BNatSchG*, *WHG* y *BBodSchG*), conformando un régimen de responsabilidad por daños muy interrelacionado normativamente. Asimismo, a pesar de que el legislador alemán no ha establecido la obligación de constituir garantías financieras, el seguro por daños ambientales se ha implantado de forma satisfactoria en Alemania por la Asociación General Alemana de la Industria de los Seguros, el cual comparamos con «nuestro» modelo de seguro de responsabilidad medioambiental.

Palabras clave: responsabilidad medioambiental; legitimación; garantías financieras; Derecho comparado.

(*) Trabajo recibido en esta REVISTA el 27 febrero 2018 y evaluado favorablemente para su publicación el 6 marzo 2018.

ABSTRACT: This article carries out a legal comparative study in regard of the environmental responsibility regime in Germany, starting from the Umweltschadensgesetz, as the law in charge of implementing the Directive 35/2004/CE to the German legal system, as well as sectoral regulations that protect natural resources (BNatSchG, WHG and BBodSchG). As a result, the liability regime for damages is very normatively interrelated. Also, despite the fact that the German legislator has not established the obligation to set up financial guarantees, the insurance for environmental damages has been satisfactorily implemented in Germany by the German General Association of the Insurance Industry, which it is compared with «our» environmental responsibility insurance model.

Key words: environmental liability; request for action; financial guarantees; comparative law.

I. INTRODUCCIÓN

Los ciudadanos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado (1), y quienes incumplan la obligación de utilizar racionalmente los recursos naturales y de conservar la naturaleza estarán obligados a reparar el daño causado con independencia de las sanciones administrativas o penales que también correspondan. Así lo dispone nuestra Constitución (CE) (2) en su artículo 45, Capítulo III, «De los principios Rectores de la Política Social y Económica», donde establece un mandato de defender y restaurar el medio ambiente dirigido a los poderes públicos y la obligación de implantar un sistema que permita hacer efectiva la reparación del daño causado (3).

Sin embargo, las diferentes normas jurídicas desarrolladas en España a través de los años no han sido capaces de prevenir la producción reiterada de accidentes con graves consecuencias para el entorno natural. Normalmente, este tipo de daño consiste en un deterioro en el medio ambiente (4) por la emisión de contaminantes. Los daños pueden ser personales (patrimoniales) u

(1) La STS de 18 de julio de 1994, en su Fundamento de Derecho 4º, manifiesta: (...) «El derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de las personas tiene un contenido protegible y por eso los poderes públicos tienen el deber de velar por su efectivo ejercicio, a cuyo efecto deben proteger y mejorar la calidad de vida y defender y restaurar el medio ambiente». La jurisprudencia más relevante relacionada con el artículo 45 CE puede consultarse en PALOMAR OLMEDA, TEROL GÓMEZ, y VÁZQUEZ GARRANZO (2015: pp. 291-298).

(2) «BOE» núm. 311, de 29 de diciembre de 1978.

(3) Vid. TEJEDOR MUÑOZ (2004: p. 1826).

(4) Por ambiente, entorno o medio, se entiende la sistematización de diferentes valores, fenómenos y procesos naturales, sociales y culturales, que condicionan en un espacio y momentos determinados, la vida y el desarrollo de organismos y estado de los elementos inertes, en una conjugación integradora, sistemática y dialéctica de relaciones de intercambio con el hombre y entre los diferentes recursos, tal y como viene definido en la STS de 2 de febrero de 2001.

ocasionarse en el hábitat natural de una zona (agua, suelos, riberas del mar y de los ríos), incluyendo flora y fauna. Se puede producir de forma directa o indirecta, y su origen puede ser muy variado, causado, entre otros, por agentes, químicos, físicos, biológicos o incendios.

Teniendo en cuenta la importancia de la protección del ambiente, se puso de manifiesto la necesidad de contar con una legislación ambiental que instrumentase nuevos sistemas de responsabilidad que previniesen eficazmente los daños medioambientales y asegurasen una rápida y adecuada reparación. En respuesta, la regulación del régimen de responsabilidad medioambiental dentro del ordenamiento jurídico español experimentó una evidente y positiva transformación como consecuencia de la normativa comunitaria europea (5), concretamente con la Directiva 2004/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, sobre responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños medioambientales (DRM) (6). De la transposición de esta Directiva a nuestro ordenamiento jurídico se encargó la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental (LRM) (7), incorporando a nuestro ordenamiento jurídico un régimen administrativo de responsabilidad ambiental de carácter objetivo e ilimitado basado en los principios de prevención y de que «quien contamina paga».

El presente artículo está dedicado al estudio del derecho comparado, pues no basta analizar y comprender el régimen de la responsabilidad ambiental en nuestro país (8), sino que resulta imprescindible también procurar su mejora y potenciarlo, siendo muy útil conocer el estado de la cuestión en otros países, al objeto de verificar si los criterios contenidos en la DRM cuentan o no con un grado de aplicación mayor en otros Estados y de qué manera se ha conseguido, en su caso, esa mayor efectividad. Dentro del ámbito europeo, Alemania destaca por su proximidad, por su admirable sistema jurídico y por su eficiencia en el ámbito del derecho ambiental. Por tanto, se procede estudiar la regulación

(5) Como señala JORDANO FRAGA (2001: p. 1) desde la entrada de España el 1 de Enero de 1986 como miembro de pleno Derecho de la Unión Europea hasta hoy, el conjunto de normas ambientales ha crecido exponencialmente, la cultura y política ambiental lo impregnan todo: existe una incipiente eficaz Administración ambiental, existen sujetos colectivos (asociaciones) cada vez más activos, tenemos un cuerpo jurisprudencial que muestra ya, a las claras, la realidad de este Derecho que ha dejado de ser meramente simbólico, existen publicaciones especializadas, el número de monografías existentes es apabullante. Es fácil percibir que estamos en el inicio del Estado ambiental (LETTERA) y que, sin duda, a ello ha contribuido de forma decisiva nuestra integración en la UE.

(6) DO L 143 de 30 de abril de 2004.

(7) «BOE» núm. 255, de 24 de octubre de 2007.

(8) *Vid.*, entre otros, los trabajos de ESTEVE PARDO (2008: 181 pp.); LOZANO CUTANDA (2008: 554 pp.); SORO MATEO (2009: pp. 185-224); VALENCIA MARTÍN (2010: 66 pp.); GUERRERO ZAPLANA (2010: 464 pp.), GARCÍA AMEZ (2015: 476 pp.) y GARCÍA ROCASALVA (2018: 388 pp.).

general del régimen de la responsabilidad medioambiental en Alemania y si el sistema allí empleado puede contribuir a mejorar nuestra regulación actual y hacerla más eficaz. A estos efectos, la metodología utilizada ha consistido en un profundo análisis de la bibliografía más reciente y de referencia en Alemania sobre el tema en cuestión, así como la traducción y estudio de las principales resoluciones judiciales dictadas en aplicación del régimen.

La normativa encargada de la transposición al ordenamiento jurídico alemán de la DRM es la Ley de responsabilidad por daños ambientales *Umweltschadengesetz (USchadG)* (9) que entró en vigor el 14 de noviembre de 2007 (10). Como novedad, la *USchadG* introduce un régimen de derecho público de responsabilidad medioambiental, independiente del régimen privado de responsabilidad individual por daños ambientales que contemplan los artículos 823 y ss. del *Bürgerliches Gesetzbuch o BGB* (Código Civil) (11); 89 de la *Wasserhaushaltsgesetz o WHG* (Ley Federal de los Recursos Hídricos) (12); o la *Umwelthaftungsgesetz o UmweltHG* (Ley de Responsabilidad Ambiental) (13).

II. LA LEY DE RESPONSABILIDAD POR DAÑOS AMBIENTALES DE ALEMANIA

1. Antecedentes

Previamente a la DRM, en Alemania ya contaban con una norma encargada de regular la responsabilidad civil por daños ambientales. En efecto, la *UmweltHG* o Ley de Responsabilidad Ambiental de 12 de octubre de 1990, se ocupa de las demandas civiles por los daños y perjuicios causados como consecuencia de un daño ambiental. Según su artículo 1, «el titular de una instalación especificada en el Anexo 1 tiene el deber de compensar los daños que cause a la vida, a la salud o a la propiedad por un impacto ambiental». Esta ley (que inspiró al legislador español, aunque sin éxito) (14) es considerada

(9) De 10 de mayo 2007 (*BGBI.* I S. 666).

(10) El 30 de abril de 2007 era la fecha límite para la trasposición de la DRM. A estos efectos, el Gobierno Federal Alemán publicó el 14 de mayo de 2007 en el Boletín Oficial Federal (*Bundesgesetzblatt o BGBI*) la *USchadG*. La Ley entró en vigor 6 meses después de su publicación y, por tanto, con algo más de 6 meses de retraso respecto de lo dispuesto en la Directiva.

(11) De 18 de agosto de 1896 (*BGBI.* I S. 42, 2909).

(12) *Gesetz zur Ordnung des Wasserhaushalts*, de 31 de julio de 2009 (*BGBI.* I S. 2585).

(13) De 10 de diciembre de 1990 (*BGBI.* I S. 2634).

(14) Se elaboró el Anteproyecto de Ley de Responsabilidad civil, derivada de actividades con incidencia ambiental, presentado por el Ministerio de Medio Ambiente en el III Congreso Nacional de Derecho Ambiental, organizado por la Asociación de Derecho

la base o piedra inicial de un moderno sistema de responsabilidad medioambiental (15), como es el que instaura posteriormente la *USchadG*.

La *UmweltHG* no se aplica a los daños ambientales en sentido estricto, sino a los «daños tradicionales», es decir, a la vulneración de los intereses jurídicos individuales y privados (estos son la vida, la salud, el cuerpo y la propiedad) causada por los impactos ambientales que la ley recoge en el artículo 3.1: «sustancias, vibraciones, ruidos, presión, radiación, gases, vapores, calor u otros fenómenos que se propagan por el suelo, el aire o el agua»; excluidos los casos en que el daño haya sido causado por fuerza mayor (art. 4). En consecuencia, los daños que afecten a los recursos ambientales no están cubiertos por las disposiciones de la *UmweltHG* como tales, sino sólo en la medida en que supongan una violación de la propiedad privada, esto es, cuando el bien ambiental sea de propiedad privada (bosques, animales domésticos, aguas estancadas, ciertos tipos de suelos, etc.). A estos efectos, explica REHBINDER (16) que «como la protección de la propiedad del suelo se extiende a todas las cosas fijadas al terreno, los árboles y demás vegetación se incluyen en el ámbito de aplicación. Por el contrario, los recursos no susceptibles de propiedad (como el espacio aéreo, el mar, los animales salvajes, las aguas subterráneas y el clima) no están protegidos».

De este modo, si se produce un daño sobre los elementos protegidos, el artículo 16 de la *UmweltHG* refuerza las pretensiones de la víctima o propietario que sufre la lesión y le permite reclamar los gastos para el restablecimiento al estado anterior de sus bienes, es decir, a aquél que existiría si la inmisión no se hubiese producido, siempre que dichos gastos no sean desproporcionados, esto es, no superen el valor de la propiedad (17).

Por el contrario, la *USchadG*, siguiendo las directrices que marca la DRM, únicamente se aplica a los daños ambientales tal y como se definen en el artículo 2.2 y sólo respecto de ciertos recursos protegidos: el agua, los suelos y las especies y hábitats. En consecuencia, los responsables de los daños ambientales se ven afectados por un doble régimen, de Derecho privado y de

Ambiental Español (ADAME), celebrado en Barcelona del 24 al 26 de noviembre de 1999. La finalidad del Anteproyecto era hacer efectiva la reparación de los daños que se ocasionaran a las personas o a sus bienes y la restauración de las agresiones producidas como consecuencia del deterioro ambiental, con independencia de las responsabilidades penales o administrativas exigibles. Se configuraba, así, un régimen de responsabilidad civil objetivo y derivado del funcionamiento normal de las actividades correspondientes, sin que fuera precisa la concurrencia de culpa o negligencia. Sin embargo, el texto no fue bien acogido por el sector asegurador y no se llegó a tramitar. Vid. SORO MATEO (2009: p. 186)

(15) SCHMIDT y KAHL (2014: pp. 164-165).

(16) (2004: p.4)

(17) WAGNER (2008: p 565).

Derecho público (18). Sin embargo, como hemos advertido, algunos recursos naturales tales como bosques, suelos o aguas estancadas son o pueden ser de propiedad privada y, por ello, puede existir un cierto solapamiento entre la responsabilidad de derecho público establecida por la *USchadG* y la responsabilidad de derecho privado de la *UmweltHG*. En este sentido, la Directiva prevé que los Estados miembros puedan regular la relación entre la responsabilidad del Derecho público y privado por daños ambientales, especialmente con el fin de evitar una doble carga de costes para el operador (artículo 16 DRM). A pesar de ello, la *USchaG* no contiene ninguna disposición relativa a este solapamiento, por lo que los problemas tendrán que ser resueltos mediante la interpretación, posiblemente en el sentido de que las medidas de restauración ya emprendidas en virtud de una de las leyes deben ser reconocidas en el marco de la aplicación de la otra ley (19).

En España esta situación se resuelve en la LRM, de forma que, como aclara VALENCIA MARTÍN (20), «las actuaciones administrativas de exigencia de responsabilidad medioambiental y las acciones civiles para obtener la reparación de los daños tradicionales son, en principio, independientes, y ninguna de ellas puede detener las otras (art. 5.3 LRM). Pero la reparación de los daños tradicionales podrá coincidir a veces, total o parcialmente, con la reparación del daño medioambiental, lo que exige algunas reglas de interrelación o conflicto. Así, en primer lugar, si en uno de estos casos los tribunales civiles se pronuncian primero, también habrán de aplicar los criterios para la determinación de las medidas reparadoras previstos en el Anexo II de la Ley (Disposición adicional novena). Y desde luego si esto ocurre, «no será necesario (de nuevo) tramitar las actuaciones previstas en esta Ley» (art. 6.3 LRM). Si, por el contrario, es la Administración la que primero interviene, los particulares «no podrán exigir reparación ni indemnización (por los daños irrogados), en la medida en que tales daños queden reparados por la aplicación de esta Ley» (art. 5.2 LRM), pues lo contrario supondría obviamente un enriquecimiento injusto. Finalmente, al operador que, por las razones que sea, haya hecho frente a una «doble reparación» se le habilita para reclamar al perjudicado (no a la Administración) la devolución o compensación que proceda (art. 5.2 *in fine*)».

2. Estructura y caracteres

La *USchadG* está compuesta por 14 artículos y tres anexos. Es considerablemente más breve que la LRM (que consta de un Preámbulo, 49 artículos, 14

(18) SCHMIDT y KAHL (2014: p. 165).

(19) REHBINDER (2007a: pp. 116-117).

(20) (2010: p. 59).

disposiciones adicionales, 1 disposición transitoria, 6 disposiciones finales y 6 anexos), lo que encuentra explicación en que la norma alemana no contiene un régimen de garantías financieras obligatorias (ni tan siquiera se mencionan en la Ley) y porque hace referencias constantes a otras leyes, las que denomina «regulaciones específicas (*fachrechtliche Vorschriften*)» en el artículo 2.10, y que son: la Ley Federal de Protección de la Naturaleza, la Ley Federal de los Recursos Hídricos y la Ley Federal de Protección del Suelo (*Bundesnaturschutzgesetz (21)*, *Wasserhaushaltsgesetz und des Bundes-Bodenschutzgesetz (22)*, respectivamente), así como los reglamentos adoptados para su ejecución (23).

En concreto, la *USchadG* se estructura de la siguiente forma (24):

- 1) El artículo 1 regula la relación de la *USchadG* con otras disposiciones legales y establece el «principio de subsidiariedad o supletoriedad» de la norma.
- 2) El artículo 2 contiene las definiciones que marca la DRM de los conceptos fundamentales para comprender el régimen de responsabilidad, como son: el daño ambiental, el responsable, la actividad profesional, etc.
- 3) El artículo 3 regula el ámbito de aplicación (*Anwendungsbereich*). El precepto distingue entre los daños a los que se aplica la Ley (apartados 1º y 2º) y aquéllos que no encuentran aplicación en la misma (apartados 3º y 5º). El apartado 4º regula el supuesto especial de los daños causados por contaminación difusa.
- 4) Los artículos 5 y 6 regulan las obligaciones de prevención y reparación de los daños, mientras que el artículo 4 contiene la obligación del responsable de informar a la autoridad competente sobre los daños ambientales o la amenaza inminente de que se produzcan los mismos. En los artículos 8 y 9 figuran las reglas de determinación y la obligación de sufragar los costes de las medidas de prevención y reparación.
- 5) Los artículos 7 y 10 regulan las funciones y competencias de las autoridades para concretar y exigir las medidas de prevención y reparación, así como la legitimación de los interesados y de las asociaciones

(21) Gesetz über Naturschutz und Landschaftspflege (BNatSchG), de 29 de julio de 2009 (BGBl. I S. 2542).

(22) Gesetz zum Schutz vor schädlichen Bodenveränderungen und zur Sanierung von Altlasten (BBodSchG), de 17 de marzo de 1998 (BGBl. I S. 502).

(23) Aunque no se mencionen en dicho artículo, la *USchadG* también contiene remisiones a otras leyes, como son, la *UmweltHG*, la Ley Complementaria de Recursos en Materia de Medio Ambiente (*Umwelt-Rechtsbehelfsgesetz o UmwRG*) de 7 de diciembre de 2006 (BGBl. I S. 2816), y la propia DRM que transpone.

(24) Cfr. BECKER (2007: p. 7).

ecologistas reconocidas. El artículo 12 se ocupa de la cooperación de las autoridades a nivel europeo.

- 6) El artículo 11 contiene las disposiciones relativas a las garantías jurídicas (motivación de los actos administrativos y recursos).
- 7) El artículo 13 determina el ámbito de aplicación temporal de la Ley.
- 8) Respecto de los anexos, en el primero figuran las actividades profesionales a las que remite el apartado 1º del artículo 3 (supuestos de responsabilidad objetiva), mientras que en el segundo y tercero se recogen los convenios e instrumentos internacionales aplicables a los que hacen referencia los apartados 2º y 3º del artículo 3 (responsabilidad por contaminación de hidrocarburos y por daños nucleares).

En cuanto a su naturaleza, se trata de una Ley Federal (25), dictada al amparo de las materias propias de la «legislación concurrente» que enumera el artículo 74 de la Ley Fundamental Alemana o *GG*, al incluir entre los números 29 a 32 la protección de la naturaleza y el cuidado del paisaje, la distribución de la tierra, la ordenación del territorio y el régimen de las aguas (26). Como reza el artículo 72.1 de la *GG*, en el ámbito de la legislación concurrente, los *Länder* tienen la facultad de legislar mientras y en la medida que la Federación no haya hecho uso mediante ley de su competencia legislativa, correspondiéndoles también la ejecución de la Ley (27). Si la Federación ha hecho uso de su competencia legislativa, como ha sucedido con la responsabilidad medioambiental al aprobarse la *USchadG*, los *Länder* pueden adoptar por ley regulaciones diferentes sobre las materias que aquí nos interesan con ciertos límites (art. 72.3 *GG*), por ejemplo, sobre la protección de la naturaleza y el cuidado del paisaje, salvo los principios generales de protección de la naturaleza, de la protección de las especies o de la protección de la naturaleza del mar, o sobre el régimen hidráulico, excepto la regulación de sustancias e instalaciones. Asimismo, en la propia *USchadG* (inciso 2º del art. 9.1) encontramos un mandato expreso a los *Länder* para que aprueben «las disposiciones necesarias para la aplicación de la Directiva 2004/35/CE,

(25) La República Federal de Alemania es un Estado federal democrático y social (art. 20 de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania, *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland* o *GG* de 23 de mayo de 1949). Se compone de 16 Estados Federados llamados *Länder*, contando cada uno de ellos con su propio Parlamento y su propio Gobierno regional.

(26) Como explica VALENCIA MARTÍN (2016: p.149) «ni antes ni ahora hay en el sistema alemán, a diferencia de lo que ocurre en el nuestro, un título competencial genérico a favor del *Bund* relativo a la «protección del medio ambiente», sino habilitaciones sectoriales específicas (aguas, protección de la naturaleza, residuos, contaminación atmosférica, etc.)».

(27) *Vid. infra* apartado 7.

sobre la asignación de costes, exención y reembolsos de los gastos, incluyendo los plazos de pago» (28).

De forma similar, en España, la LRM preserva en todo caso la facultad autonómica para desarrollar las bases estatales y para, además, adoptar normas adicionales de protección. En concreto, la Disposición Adicional segunda, apartados 2º y 4º, reconoce expresamente la posibilidad de que las Comunidades Autónomas, en el ámbito de sus competencias, adopten decisiones más exigentes en materia de prevención, evitación o reparación de daños medioambientales, e incluso pueden someter otras actividades u otros sujetos al régimen de responsabilidad establecido en esta Ley. Asimismo, el artículo 7.1 de la LRM, al regular las competencias administrativas establece que «el desarrollo legislativo y la ejecución de esta ley corresponden a las Comunidades Autónomas en cuyo territorio se localicen los daños causados o la amenaza inminente de que tales daños se produzcan». Por tanto, pueden mejorar el régimen, haciéndolo más proteccionista allí donde sea necesario, y ejecutar la normativa, determinando cuáles son los concretos daños producidos y las medidas a adoptar para repararlos.

3. El principio de supletoriedad

El artículo 1 establece el principio de subsidiariedad o supletoriedad de la norma al regular la relación de la *USchadG* con otras leyes y reglamentos:

«Esta Ley se aplicará en la medida en que las Leyes y reglamentos del Estado Federal o de los *Länder* no cubran de forma específica la prevención y reparación de los daños ambientales o sus disposiciones establezcan un nivel de protección menor».

Por tanto, la aplicación de la *USchadG* se condiciona a que no existan en el ordenamiento alemán otras disposiciones que regulen la prevención y reparación de daños ambientales o, de existir estas, que el nivel de exigencia de las mismas sea inferior al que establece la norma de responsabilidad medioambiental, pues deben reducirse las desigualdades generales y evitar una distribución evidentemente injusta o desequilibrada de la calidad ambiental (29). De esta forma, la *USchadG* se configura como «una norma de mínimos», un estándar para las regulaciones específicas que protegen cada recurso natural concreto (especies y hábitats naturales, el agua y los suelos).

Como consecuencia, al contener la *USchadG* los requisitos mínimos de protección ambiental que establece la DRM, esta cláusula permite que las

(28) *Vid. infra*, apartado 6. B). d).

(29) REHBINDER (2007b: p 184).

regulaciones específicas establezcan una regulación más estricta respecto de la reparación de los daños ambientales (30). De este modo, se trata de asegurar una protección mínima en materia de responsabilidad medioambiental, de acuerdo con el espíritu de la DRM, pero dando prioridad a la normativa ambiental de la que ya dispone el ordenamiento jurídico alemán, pues en virtud del artículo 288 párrafo III del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), el Estado miembro se compromete en cuanto al resultado que deba conseguirse según la Directiva, con libertad de la elección de la forma y los medios al objeto garantizar un nivel mínimo de uniformidad dentro de la Unión (31).

En definitiva, la *USchadG* es el «tronco jurídico común», un estándar mínimo de normas aplicables para la reparación de los daños ambientales en defecto de normas específicas más proteccionistas. Así, por ejemplo, el alcance de la Ley de Suelos (*BBodSchG*) es, en muchos casos, mayor que la *USchadG* (32), pues la reparación se circunscribe en esta segunda ley para los daños que afecten a la salud humana, tal y como establece el artículo 2.1.c) (impactos que afecten a las funciones del suelo provocando riesgos para la salud humana). Además, la responsabilidad objetiva se aplica solo a las actividades profesionales que se relacionan en el Anexo I de la norma, y la responsabilidad basada en la culpa se limita a los daños a las especies y los hábitats protegidos, por lo que no se contempla para los daños al suelo. Por el contrario, la *USchadG* amplía las obligaciones de información del responsable (art. 4), así como las posibilidades de acción de los interesados y las asociaciones de los ecologistas (arts. 8.4 y 10). Regulaciones adicionales que van más allá de la *BBodSchG* por el nivel mínimo de protección que establece la norma de responsabilidad (33). También respecto de la Ley de Aguas (*WHG*), BECKER (34) sostiene que la *USchadG* no se aplica en muchas ocasiones en relación con los riesgos y alteraciones a las aguas, ya que la regulación que establece la norma específica y las de los Gobiernos federales suele ser más proteccionista.

Otro buen ejemplo lo encontramos en la Sentencia del Tribunal Administrativo de primera instancia (*Verwaltungsgericht*) de Köln (Colonia) de 9 de julio de 2014, respecto del Reglamento sobre instalaciones en alta mar

(30) BECKMANN y WITTMANN (2016: Rn. 4-5).

(31) GASSNER y SCHEMEL (2008: p. 23).

(32) Vid. WAGNER (2008: pp. 576-577). Sostiene que, en la mayoría de los casos, las normas existentes de derecho administrativo ambiental en Alemania van más allá del programa obligatorio de la *USchadG* y su política subyacente.

(33) COSACK y ENDERS (2008: p. 407).

(34) (2007: pp. 20-21)

(*Seeanlagenverordnung – SeeAnlV*) (35), el cual tiene por objeto establecer medidas para prevenir las amenazas de daños al medio ambiente marino durante la construcción de plantas marinas (art. 14). Como explica la sentencia (apartado 24), «la *USchadG* sólo proporciona un nivel mínimo de protección que puede ser superado por la legislación específica, como es el caso de dicho Reglamento de instalaciones en alta mar, que desplaza la regulación de la Ley de Responsabilidad Alemana en aplicación de su artículo 1». En efecto, los daños al medio marino por la construcción de instalaciones en alta mar no están contemplados específicamente en la *USchadG* y, por tanto, el citado Reglamento establece un nivel de protección mayor para el medio ambiente.

Por todo ello, la comprensión y aplicación de la *USchadG* es considerablemente compleja, al ser una norma supletoria que contiene numerosas remisiones a otras normas. El destinatario de la Ley (el posible responsable) no sólo debe atenerse al contenido de la misma, sino también a las regulaciones específicas en materia de protección del medio ambiente, así como los convenios e instrumentos internacionales que figuran en los Anexos dos y tres de la *USchadG* (36). Como argumenta REHBINDER (37) «esta disposición (art. 1 de la *USchadG*) no es en absoluto un ejemplo de claridad. Deja la tarea de determinar el origen y el contenido de los requisitos legales aplicables a los destinatarios y sus abogados».

En cualquier caso, se busca un equilibrio entre la aplicación de la *USchadG* y las regulaciones específicas, de forma que la primera tenga una aplicación transversal en la legislación ambiental (38). Aquí encontramos una gran diferencia entre la Ley de responsabilidad alemana y nuestra LRM, pues ésta no tiene carácter supletorio, sino que es la normativa básica para la reparación de los daños medioambientales (39), lo que supone que la regulación que el resto de normas de nuestro ordenamiento jurídico ambiental dedican a la reparación de los daños medioambientales sea, por lo general, menor. Por tanto, a pesar de la complejidad de la *USchadG*, la coordinación de las normas en el ordenamiento jurídico alemán para la reparación de los daños medioambientales resulta inspiradora para la legislación española, pues la interrelación de nuestra LRM con las normativas sectoriales que regulan cada recurso natural concreto se está produciendo de forma lenta en nuestro país y, en algunos casos, se basa únicamente en remisiones a la normativa básica de

(35) *Verordnung über Anlagen seewärts der Begrenzung des deutschen Küstenmeeres*, de 23 de enero de 1997 (BGBl. I S. 57).

(36) Cfr. BECKMANN y WITTMANN (2016: Rn. 3-8).

(37) (2007a: p. 111)

(38) Becker (2007: p. 9).

(39) Tal y como señala la Disposición final primera de la LRM: «Esta Ley tiene el carácter de legislación básica de protección del medio ambiente (...)».

responsabilidad medioambiental, sin que se articulen verdaderos mecanismos de coordinación que favorezcan su aplicación (40).

4. El concepto de daño al medio ambiente

De modo similar a nuestra LRM, el artículo 2 de la *USchadG* contiene una serie de definiciones de los términos fundamentales de la Ley, en consonancia con lo establecido en el artículo 2 de la DRM. Resulta de gran importancia el concepto de «daño al medio ambiente», fundamental para comprender el ámbito de aplicación de la norma (art. 3.1 *USchadG*), pues al igual que la LRM, esta ley no protege todos los bienes ambientales, sino únicamente las especies y hábitats, el agua y el suelo (no es, por tanto, un instrumento para combatir el cambio climático o la contaminación atmosférica). Siendo también aspectos clave otras definiciones como la de responsable (art. 2.4) o las relacionadas con las medidas de prevención, evitación de nuevos daños y de reparación (art. 2, apartados 5 a 8).

No obstante, lo cierto es que estas definiciones deben ser completadas con las remisiones que la *USchadG* efectúa a la normativa específica (de hecho, los daños ambientales a las aguas, a la biodiversidad o al suelo se definen en otras leyes) o a la propia DRM que transpone, lo que, como ya hemos advertido, no favorece su inteligibilidad para el operador (41). En este sentido, las definiciones que contiene la LRM son mucho más extensas y completas, permitiendo que el operador pueda comprender mejor el ámbito de aplicación de la norma o cuáles son las obligaciones a las que está sometido en el ejercicio de su actividad profesional.

En concreto, la *USchadG* define el concepto de daño ambiental teniendo en cuenta el cambio que se produce en los recursos naturales o su deterioro funcional. Concepto que se refiere tanto al proceso (todas las acciones que conducen al resultado de la modificación o deterioro) como también al propio resultado (42). Por tanto, daño ambiental es (art. 2.2 *USchadG*):

«El cambio adverso mensurable de un recurso natural o el deterioro de las funciones de un recurso natural, tanto si se producen directa como indirectamente».

(40) Así sucede con el artículo 323.2 del Reglamento del Dominio Público Hidráulico, la disposición adicional tercera de la Ley 41/2010, de 29 de diciembre, de Protección del Medio Marino, el artículo 79.2 de la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad, o el artículo 54.2 de la Ley 22/2011, de 28 de julio, de residuos y suelos contaminados.

(41) COSACK y ENDERS (2008: p. 408).

(42) GASSNER y SCHEMEL (2008: p. 27)

Y además, dicho daño debe producirse sobre un recurso natural de los contemplados en el artículo 2.1 (43):

- a) Daños a las especies y a los hábitats naturales tal y como se definen en el artículo 19 de la Ley Federal de Conservación de la Naturaleza (*BNatSchG*).
- b) Daños a las aguas, definidos en el artículo 90 de la Ley Federal de los Recursos Hídricos (*WHG*).
- c) Daños al suelo, por los impactos sobre las funciones del suelo definidas en el artículo 2.2 de la Ley Federal de protección del suelo (*BBodSchG*), como resultado de la introducción directa o indirecta de sustancias, preparados, organismos o microorganismos sobre, en o bajo tierra, provocando riesgos para la salud humana.

Ahora bien, los preceptos de estas leyes a los que remite la *USchadG* son en realidad (y necesariamente) una transposición de los conceptos que introduce la DRM. Como explica REHBINDER (44) «la transposición de la Directiva se ha dividido en dos bloques legislativos: La Ley de Responsabilidad por los Daños Ambientales (*USchadG*) y las enmiendas de la Ley Federal de Protección de la Naturaleza y la Ley Federal de Gestión de los Recursos Hídricos. La *USchadG* contiene todas las disposiciones generales de la Directiva, en su mayoría transpuestas literalmente sin añadir una reglamentación más amplia, mientras las Leyes relativas a la protección de la naturaleza y los recursos hídricos establecen las definiciones específicas de los daños medioambientales y concretan las obligaciones de reparación. Por el contrario, la Ley Federal de Protección del Suelo no ha sido enmendada porque el legislador consideró en este caso no se requería una regulación adicional, ya que la definición de daño al suelo que establece el artículo 2.3 de la *BBodSchG* va más allá de la definición de daño al suelo establecida por la Directiva, basada en la noción de «riesgo significativo» para la salud humana [artículo 2.1.c)]» (45).

Por tanto, el legislador alemán ha optado por integrar el concepto de daño ambiental sobre cada recurso natural en la norma específica correspondiente, en vez de en la norma general sobre responsabilidad medioambiental como ha hecho el legislador español. De este modo, a pesar de que se encuentren en otras normas, el daño a las especies y los hábitats naturales y a las aguas

(43) La Ley Alemana no contempla los daños a la ribera del mar y las rías ya que se trata de una ampliación del ámbito de aplicación del legislador español en el artículo 2.1.c) de LRM, con respecto a lo dispuesto en la DRM.

(44) (2007a: p. 110)

(45) La DRM define los daños al suelo como cualquier contaminación del suelo que suponga un riesgo significativo de que se produzcan efectos adversos para la salud humana debidos a la introducción directa o indirecta de sustancias, preparados, organismos o microorganismos en el suelo o el subsuelo.

se definen conforme a las directrices de la Directiva. Así, el artículo 19 de la *BNatSchG* define los daños a las especies y hábitats naturales protegidos en base a lo dispuesto en el artículo 2.1.a) de la DRM y lo mismo sucede con el artículo 90 de la *WHG*, la definición de daños a las aguas deriva del apartado b) del artículo 2.1 de la Directiva. Y, en el caso de los daños al suelo, si se da una particularidad, se definen en la *USchadG* conforme señala el artículo 2.1.c) de la DRM, pero se añade que el daño afecte a «las funciones del suelo» tal y como se definen en la *BBodSchG* (art. 2.2) (46).

Por otro lado, por imposición de la DRM, los artículos 19.1 *BNatSchG* y 90.1 *WHG* establecen como requisito para que exista un daño ambiental sobre los recursos naturales que protegen, que se produzcan «efectos adversos significativos», excluyéndose, por tanto, los daños menores del concepto. No se exige, en cambio, respecto de los suelos, que se produzca un riesgo significativo de que se causen efectos adversos para la salud humana [como en el artículo 2.1c) de la DRM], pues como se ha visto *supra*, el concepto de daños al suelo previsto en la *USchadG* únicamente requiere que afecte a las funciones de éste «provocando riesgos para la salud humana», sin necesidad de que sean significativos, estableciéndose, de este modo, un umbral de aplicación menos exigente que el de la DRM.

El umbral de significatividad se espera que sea precisado por la jurisprudencia, donde ya ha empezado a dictarse alguna resolución al respecto, como la sentencia del Tribunal Administrativo de primera instancia (*Verwaltungsgericht*) de *Neustadt an der Weinstraße*, de 25 de mayo de 2014, en relación con los efectos adversos significativos que impiden alcanzar o mantener el estado de conservación favorable de los hábitats y las especies (art. 19.1 *BNatSchG*). Como expone Tribunal, «la ausencia de daño significativo debe suponer que no se afecte el estado de conservación de la población de la especie que sufre el deterioro de forma que impida que pueda alcanzar el estado de conservación favorable», y rechaza la postura del recurrente de que «cualquier deterioro adicional sobre las especies es *per se* significativo, porque se determina un estado de conservación desfavorable». Advierte, además, el propio Tribunal, que no puede por su propia experiencia evaluar la significatividad del daño y, por tanto, basa su decisión en los criterios que han empleado los expertos en el procedimiento para precisar este concepto jurídico indeterminado [apartado II.2) de los Fundamentos de Derecho].

Debemos destacar que, a diferencia de España, en Alemania no existe normativa de desarrollo de la *USchadG* (47), ni una comisión similar a nuestra

(46) *Vid. infra* apartado III.

(47) Como el Reglamento de desarrollo parcial de la LRM, aprobado por Real Decreto núm. 2090/2008, de 22 de diciembre. «BOE» núm. 308, de 23 de diciembre de 2008.

Comisión Técnica de Prevención y Reparación de Daños Medioambientales (48) que haya elaborado documentos guía para determinar la significatividad del daño. En efecto, el Reglamento de desarrollo de la LRM parte de la base de que la determinación de la significatividad del daño es una operación crucial, puesto que sobre ella descansa la aplicabilidad del sistema de responsabilidad medioambiental, y ha procurado establecer criterios que garanticen la objetividad en esa labor de apreciación (arts. 16-18), refiriendo dicha significatividad a los estándares ya previstos en otras normas para cada recurso natural afectado, o a criterios basados en el tipo de agente que lo genera, especialmente para aprovechar la creciente información y experiencia que existe en el campo de los agentes químicos.

5. El ámbito de aplicación

A) La responsabilidad objetiva y subjetiva

El ámbito de aplicación de la *USchadG* se regula en el artículo 3 y, en base a lo establecido en la DRM, distingue entre dos regímenes de responsabilidad. De esta forma, el apartado 1.1 contempla una auténtica responsabilidad objetiva o sin culpa (*Gefährdungshaftung*) para los daños ambientales y las amenazas inminentes de tales daños provocados por alguna de las actividades profesionales que se relacionan en el Anexo 1 (*Anlage 1 Berufliche Tätigkeiten*). Entre estas actividades se incluyen principalmente las actividades de prevención y control integrados de la contaminación (núm. 1), las actividades de gestión de residuos tales como la explotación de vertederos o de control de las emisiones de incineradores (núm. 2 y 13), ciertos usos del agua sujetos a permiso o licencia (núm. 3-6), el uso de sustancias peligrosas o el transporte de mercancías peligrosas o contaminantes (núm. 7 y 8), las actividades de

(48) Prevista en el artículo 3 del Reglamento de desarrollo de la LRM, adscrita al MAPAMA a través de la Dirección General de Calidad y Evaluación Ambiental y Medio Natural, y cuya reunión constitutiva se celebró el 23 de abril de 2009. La finalidad de esta Comisión es la de servir como órgano de cooperación técnica y colaboración entre la AGE y las Comunidades autónomas para el intercambio de información y el asesoramiento en materia de prevención y de reparación de los daños medioambientales, contando para ello con comités de expertos. Entre sus principales funciones destacan la emisión de recomendaciones y elaboración de las guías metodológicas sobre análisis de riesgos, en especial el documento elaborado en 2011 «Estructura y contenidos generales de los instrumentos sectoriales para el análisis del riesgo medioambiental», con el objeto de facilitar a los distintos sectores la elaboración de sus instrumentos sectoriales, y fijar la estructura y contenidos generales que los mismos deben incluir.

Disponible la versión actualizada a 2015 en <http://www.mapama.gob.es/es/calidad-y-evaluacion-ambiental/temas/responsabilidad-medioambiental/analisis-de-riesgos-sectoriales/herramientas.aspx> (acceso: 12 de enero de 2018).

ingeniería genética (núm. 10 y 11) (49), así como el transporte transfronterizo de residuos (núm. 12) y las actividades de almacenamiento de dióxido de carbono (núm. 14) (50).

Por otro lado, el apartado 1.2 del mismo artículo prevé una responsabilidad basada en la culpa para los daños causados a la biodiversidad por las restantes actividades profesionales que no figuran en dicho Anexo:

«Los daños a las especies y hábitats naturales en el sentido de los apartados 2 y 3 del artículo 19 de la Ley Federal de Protección de la Naturaleza (*BNatSchG*) y la amenaza inminente de tales daños provocados por actividades profesionales distintas de las enumeradas en el Anexo 1, siempre que el responsable haya actuado mediando culpa o negligencia».

Esta segunda clase de responsabilidad, por tanto, puede surgir de cualquier tipo de actividad profesional, aunque únicamente por los daños (o amenazas inminentes de tales daños) a las especies y hábitats naturales protegidos (51), y sólo cuando se causen mediando culpa o negligencia. Como explica la sentencia del Tribunal Administrativo de primera instancia (*Verwaltungsgericht*) de Múnich, de 25 de enero de 2017, apartado 52, «la culpa supone la obtención de un resultado ilícito con el conocimiento y deseo de su autor, mientras que la negligencia, en base a lo establecido en el artículo 276 del Código Civil (*BGB*), supone que no se haya ejercido un cuidado razonable, la necesaria previsibilidad para evitar que se produzca el hecho ilícito. En aplicación de la *USchadG* esto supone que el daño o la amenaza inminente de daño ambiental deber ser conocida por el responsable. De acuerdo con los principios generales del Derecho civil, la culpa o negligencia se excluye cuando éste haya actuado completamente conforme a la legalidad». En el mismo sentido, la Sentencia del Tribunal Administrativo de primera instancia de Colonia, de 29 de noviembre de 2016, dispone: «la culpa supone cometer el daño con conocimiento y voluntad (apartado 55)», mientras que «la negligencia supone la falta de previsión y cuidado para evitar daño» (apartado 59).

Ahora bien, en el régimen de responsabilidad por culpa no se incluyen los daños a las aguas ni al suelo, siguiendo lo establecido en el artículo 3.1

(49) Las actividades de ingeniería genética se regulan por la *Gesetz zur Regelung der Gentechnik* (*Gentechnikgesetz – GenTG*) o Ley reguladora de la Ingeniería Genética de 20 de junio de 1990. Los artículos 32 y ss. establecen la responsabilidad por los daños causados como consecuencia del uso de los OMG. En concreto, el artículo 32.1 señala que si debido a las características de un organismo derivado de los trabajos de ingeniería genética, alguien muere, su cuerpo o su salud resultan heridas, o una cosa se daña, el operador está obligado a compensar el daño causado. Sobre la Regulación de los OMG en Alemania y la responsabilidad *vid.* REHBINDER (2007c: pp. 115-117).

(50) SCHMIDT y KAHL (2014: pp. 164-165).

(51) COSACK y ENDERS (2008: pp. 410).

b) de la DRM. Aquí encontramos otra diferencia con el régimen que establece nuestra LRM (art. 3.2), donde la responsabilidad subjetiva o basada en la culpa engloba a todos los recursos naturales incluidos en su ámbito de aplicación, y no sólo a las especies de flora y fauna silvestres y sus hábitats.

Asimismo, teniendo en cuenta la definición de actividad profesional (art. 2.4 *USchadG*): «cualquier actividad llevada a cabo con ocasión de una actividad económica, un negocio o una empresa, con independencia de su carácter privado o público, y de que tenga o no fines lucrativos», prácticamente cualquier profesional sería responsable del daño ambiental en el sentido del artículo 3.1.2 de la *USchadG* (responsabilidad por culpa), excluyéndose las actividades sin ninguna referencia al ejercicio de la profesión (52). De este modo, no entrarían dentro del ámbito de aplicación, por ejemplo, las labores que desempeñe un particular en el jardín de su casa o un cambio de aceite de un vehículo privado fuera de un taller y que produzcan daños al medio ambiente (53). A estos efectos, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (*Oberverwaltungsgericht*) de *Koblenz* (Coblenza), de 22 de julio de 2015, en su apartado 94, pone de manifiesto que, «aunque el concepto de actividad profesional no está completamente acotado, su «ejercicio» es entendido como la ejecución una actividad no puramente privada, en la que el responsable profesional debe tener un cierto nivel de autoridad. De este modo, dentro de una empresa, la responsabilidad de los miembros de la Junta Directiva se debe limitar a aquél miembro que haya dirigido y controlado los procesos operativos que hayan causado el daño en su labor de dirección de la empresa. Y, además, deberá concurrir una «causa inmediata» de forma que por su comportamiento se haya producido el daño ambiental o la amenaza inminente de que éste se produzca, existiendo una estrecha relación entre la ejecución de la actividad profesional y el daño o amenaza».

Finalmente, la única ampliación que ejerce el legislador alemán del ámbito de aplicación con respecto a lo establecido a la DRM (y que tampoco prevé nuestra LRM), es que incluye los daños a las especies y los hábitats naturales y a la amenaza inminente de tales daños que se produzcan dentro de la Zona Económica Exclusiva y en la Plataforma Continental, tal y como se definen en las disposiciones de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 10 de diciembre 1982 (art. 3.2 *USchadG*). Ahora bien, como se reflejará en el apartado siguiente, si los daños se producen por contaminación de hidrocarburos desde buques, se aplicarán los Convenios que prevé el Anexo II (art. 3.3, apartado 3º *USchadG*).

(52) DIEDERICHSEN (2007: p. 3379).

(53) SCHMIDT y KAHL (2014: p. 166).

B) Supuestos excluidos

El ámbito de aplicación se encuentra limitado por los apartados 3 a 5 del artículo 3 de la *USchadG*. Se trata de las mismas exclusiones que prevé la LRM (art. 3 apartados 3 a 5), directamente recogidas de la DRM (art. 4). En consecuencia, la *USchadG* no se aplicará en los casos de daños o amenazas inminentes de daños ambientales causados por (art. 3.3): 1) un conflicto armado, hostilidades, guerra civil o insurrección; 2) un fenómeno natural excepcional, inevitable e irresistible; 3) un incidente respecto del cual la responsabilidad o indemnización estén comprendidas dentro del ámbito de aplicación de cualquiera de los convenios internacionales enumerados en el Anexo 2 (reguladores de la contaminación marina por hidrocarburos), en sus respectivas versiones aplicables a Alemania; 4) el ejercicio de las actividades cubiertas por el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica; o 5) por aplicación de cualquiera de los instrumentos internacionales enumerados en el Anexo 3, también relativos a los daños nucleares.

La *USchadG* tampoco encontrará aplicación respecto de los daños causados al aire o la atmósfera, ni a la contaminación de carácter difuso (art. 3.4) (54). Como explican SCHMIDT y KAHL (55), «los daños causados por el aire y el ambiente son tangibles como un daño indirecto al agua, al suelo o a las especies y hábitats naturales protegidos; de forma que el aire y la atmósfera no se consideran como un factor ambiental, sino un vehículo del agente contaminante». Finalmente, dispone el apartado 5 del artículo 3 que esta Ley no se aplica a las actividades cuya finalidad principal es servir a la defensa o la seguridad internacionales, ni a las actividades cuyo único propósito sea la protección contra los desastres naturales.

6. La responsabilidad

A) El concepto de responsable

Las obligaciones que establece la *USchadG* respecto de la responsabilidad por los daños ambientales se encuentran en los artículos 4 a 10. Obl-

(54) Así lo determina el considerando 13 de la Directiva: «no es posible subsanar todas las formas de daño medioambiental mediante el mecanismo de la responsabilidad. Para que ésta sea eficaz, es preciso que pueda identificarse a uno o más contaminantes, los daños deben ser concretos y cuantificables y es preciso establecer un vínculo causal entre los daños y los contaminantes identificados. Por consiguiente, la responsabilidad no es un instrumento adecuado para abordar la contaminación de carácter extendido y difuso, en la cual es imposible asociar los efectos medioambientales negativos con actos u omisiones de determinados agentes individuales».

(55) (2014: p. 167)

gaciones que no sólo van dirigidas al causante de los daños, sino también a las autoridades competentes encargadas de exigir el cumplimiento de la norma (56). Dicho causante de los daños recibe en la *USchadG* el nombre de «responsable» (art. 2.3), este es: «cualquier persona física o jurídica que se dedique o controle una actividad profesional, incluyendo el titular del permiso o autorización para la misma, así como la persona que registre o notifique tal actividad, y en su ejercicio cause directamente un daño o amenaza inminente de daño ambiental».

Por tanto, es «responsable» no sólo una sociedad de capital, sino también cualquier órgano o filial que lleve a cabo la acción dañina para el medio ambiente, de forma que sea el autor del daño el que responda en cumplimiento del principio «quien contamina paga». Aunque la DRM (art. 2.6) y nuestra LRM (art. 2.10) empleen el término «operador», en realidad están haciendo referencia al mismo sujeto, aquél que ejerza una actividad económica, sea cual sea la forma, sin embargo, el legislador alemán ha optado por emplear el término «responsable» y no *betreiber* (operador) aunque, como explican BECKMANN y WITTMANN (57) «sin intención de modificar el fondo del concepto o las directrices que marca la DRM», sino para diferenciar que el régimen de responsabilidad que establece la *USchadG* consiste en una responsabilidad de Derecho público (58).

B) Las obligaciones del responsable

a) La obligación de información

Regulada en el artículo 4 de la *USchadG*, «en el caso de una amenaza inminente de daño ambiental, o cuando dicho daño ambiental se hubiera producido, el responsable deberá informar sin demora a la autoridad competente de todos los aspectos relevantes de la situación».

Nada más precisa la norma alemana sobre esta obligación, que ha sido desarrollada por la doctrina. Así, la información debe ser suficiente para permitir a la autoridad competente conocer la situación sobre el daño o amenaza a efectos de, si es necesario, exigir a la persona responsable que adopte las medidas apropiadas para evitar o reparar el daño (art. 7 párrafo 2º *USchadG*). Por tanto, queda obligado a informar a la autoridad, pero no tiene que adoptar más medidas de investigación ni contratar a expertos al efecto (59). En términos de tiempo, la obligación de información es muy amplia y abarca desde la

(56) GASSNER y SCHEMEL (2008: p. 23).

(57) BECKMANN y WITTMANN (2016: Rn. 27).

(58) COSACK (2008: p. 411).

(59) COSACK (2008: p. 412).

amenaza inminente de daño hasta que concluyan los trabajos de reparación necesarios (la restauración completa). Además, como destaca DIEDERICHSEN (60) «es recomendable que por parte de las empresas se desarrollen estructuras de comunicación proactivas hacia las autoridades y asociaciones ambientales, mediante la publicación de informes ambientales anuales».

En España, el contenido concreto de la obligación de información se detalla en el artículo 6 de Reglamento de desarrollo parcial de la Ley, que establece una relación de elementos sobre los que el operador deberá informar cuando se produzca un daño, al objeto facilitar la tarea de determinar la magnitud del daño, paralelamente a la ejecución de las medidas de evitación de nuevos daños que, en su caso hubieran de adoptarse o bien cuando aun no habiéndose producido el año, exista amenaza inminente de daño, en cuyo caso la recogida de información debe ser paralela a la ejecución de las medidas preventivas.

Por otro lado, en las regulaciones específicas no encontramos este deber de información ante la producción de daños o amenaza inminente de daño, a excepción de la Ley Federal de Protección del Suelo, pero con un alcance menor que la obligación contenida en la *USchadG*, por lo que la Ley de responsabilidad supone, en este sentido, una mejora con respecto a la regulación sectorial. De este modo, el artículo 13 de la *BBodSchG* establece que, respecto de la rehabilitación de terrenos contaminados, se ha de presentar un plan que contenga la información sobre el uso de los mismos hasta el momento en que deban ser reparados, y el que se le pretenda dar en el futuro (apartado 1.2) (61). Asimismo, los *Länder* pueden exigir el establecimiento de sistemas de información en sus territorios, para recopilar datos relativos a las características biológicas, químicas, físicas y de los usos del suelo. A estos efectos, pueden obligar a los propietarios de dichos suelos a tolerar las investigaciones que sean necesarias en relación con los sistemas de información, si bien serán compensados por los daños que se les pueda causar como consecuencia de dichas investigaciones (art. 21.4).

b) La obligación de prevención de daños

Prácticamente en los mismos términos que la LRM, el artículo 5 de la *USchadG* dispone que «en el caso de una amenaza inminente de daño ambiental, el responsable deberá adoptar inmediatamente las medidas preventivas necesarias». Por medida preventiva se entiende «cualquier medida adoptada en el caso de una amenaza inminente de daño ambiental, con el fin de pre-

(60) (2007: p. 3380)

(61) Previsión que también se encuentra en el Anexo II.2 de la LRM.

venir o minimizar dicho daño» (art. 2.6 *USchadG*), de modo que el contenido concreto de las medidas a adoptar dependerá de cada caso.

Las obligaciones de prevención se encuentran más detalladas en la *BBodSchG*. Los apartados 1 y 2 del artículo 4 señalan que, cualquier persona que por su acción pueda afectar al suelo deberá actuar de modo que no se produzcan cambios nocivos en el mismo. A estos efectos, el artículo 7 establece que «el dueño del terreno, el poseedor y quienes lleven o puedan llevar a cabo trabajos o acciones sobre el mismo que puedan dar lugar a cambios en las características del suelo, están obligados a tomar precauciones para evitar la ocurrencia de impactos lesivos que pudieran ser causados por sus usos». En consecuencia, las medidas de prevención se exigirán si existe probabilidad de que se produzcan cambios nocivos en los suelos a largo plazo o impactos en las funciones del mismo. En todo caso, la obligación de prevención para evitar o reducir impactos debe ser proporcional con la finalidad del uso del suelo.

Los valores de impacto o contaminación que, de excederse, normalmente determinarán la presencia de cambios nocivos en los suelos o la contaminación del lugar, y que por tanto van a suponer la necesidad de adoptar medidas de prevención (y con gran probabilidad también de evitación de nuevos daños y de reparación), son fijados por el Gobierno Federal previa audiencia de las partes interesadas (art. 20), con el consentimiento del *Bundesrat* (art. 8.2).

En consecuencia, la Ley Federal de protección del Suelo aumenta el nivel de exigencia respecto de las medidas preventivas que prevé la *USchadG*, a diferencia de las otras normas específicas, que únicamente contienen previsiones genéricas, como el artículo 13 de la *BNatschG*, que dispone que «los efectos adversos significativos sobre la naturaleza y el paisaje deben ser evitados por el causante», o el artículo 5.1 de la *WHG*, que establece para toda persona «la obligación de adoptar medidas para evitar un cambio adverso en las propiedades del agua», por lo que la *USchadG* eleva, en estos casos, el nivel de protección.

c) La obligación de reparar los daños

Cuando se produce un daño ambiental en el sentido del artículo 2.1 de la *USchadG*, el responsable deberá, según el artículo 6:

- 1) Adoptar las medidas de evitación de daños mayores necesarias y,
- 2) Adoptar las medidas de reparación necesarias de acuerdo con lo establecido en el artículo 8.

Las medidas de evitación del daño son «cualquier medida adoptada para controlar de inmediato, contener, eliminar o gestionar de otro modo los contaminantes relevantes y otros factores perjudiciales, con el fin de limitar o impedir mayores daños medioambientales y efectos adversos para la salud humana o

en las funciones de los recursos naturales» (art. 2.7 *USchadG*) (62). Mientras que las medidas para reparar el daño causado son «cualquier medida que sirva para remediar los daños ambientales de conformidad con las regulaciones específicas» (art. 2.8 *USchadG*).

De forma similar a la LRM (art. 20), el responsable está obligado a identificar, de conformidad con las regulaciones específicas, las medidas de reparación necesarias y presentarlas ante la autoridad competente para su aprobación, a menos que la autoridad ya haya adoptado las medidas de reparación necesarias (art. 8.1). Se trata de los supuestos de actuación directa de la Administración, [como expresamente admite la DRM, art. 5.3 d)], regulada con mucho más detalle en nuestra LRM (art. 23), al contener un listado (no cerrado) de supuestos en los que «por requerirlo la más eficaz protección de los recursos naturales» la Administración podrá actuar directamente. Una vez presentadas, la autoridad decidirá, de conformidad con las regulaciones específicas, sobre la naturaleza y el alcance de las medidas de reparación que el operador deba adoptar.

No obstante, la *USchadG* no ha incorporado a su articulado los criterios de reparación del daño que establece el Anexo II de la DRM, como si ha hecho la LRM (en su propio Anexo II). Por tanto, ante la falta de criterios establecidos en la propia norma (y sin perjuicio de lo que dispongan los *Länder*), la doctrina alemana entiende que son aplicables los de la Directiva (63), puesto que las regulaciones específicas, en concreto, la ley Federal de protección de la Naturaleza (art. 19.4) y la Ley de aguas (art. 90.2) sí remiten al Anexo II de la Directiva para reparar los daños ambientales, al señalar que: «el responsable que en aplicación de la Ley de Responsabilidad Medioambiental cause un daño a las especies y los hábitats o a las aguas deberá adoptar las medidas de reparación necesarias de conformidad con el Anexo II número 1 de la Directiva 2004/35/CE».

De este modo, tras la determinación de las medidas reparadoras y su aprobación por la autoridad competente, para la restitución del bien natural dañado a su estado básico se aplican las reglas del mencionado Anexo y que consisten en «la reparación primaria (*primäre Sanierung*), la reparación complementaria (*ergänzende Sanierung*) y la reparación compensatoria (*Ausgleichssanierung*). El objetivo debe ser siempre la «reparación primaria», dirigida a la recuperación del estado inicial del recurso dañado. La cuestión surge en la medida en que no pueda realizarse una recuperación «real» de este recurso, por lo que cualquier diferencia entre el estado inicial y el estado conseguido después

(62) A diferencia de la *USchadG*, nuestra LRM incluye las medidas de evitación de nuevos daños en la misma sección que las medidas preventivas, dentro del Capítulo III, evitando cualquier confusión con las medidas reparadoras, a las que se dedica una sección distinta.

(63) GASSNER y SCHEMEL (2008: p. 85).

de la reparación debe ser completada mediante las medidas «complementarias», si es necesario, en un lugar diferente de las mismas características. La «reparación compensatoria» como tercer nivel, tiene por finalidad compensar la pérdida provisional de los recursos naturales y de sus funciones hasta que la reparación primaria haya desarrollado todo su efecto. Esta compensación consiste en aportar mejoras adicionales a los hábitats naturales protegidos y a las especies o las aguas, ya sea en el paraje dañado o en otro lugar. Estas pérdidas de recursos pueden afectar de forma significativa a ecosistemas que requieran muchos años para su regeneración y, como consecuencia, el responsable puede que tenga que llevar a cabo un desembolso económico considerable (64). Como veremos en los apartados siguientes, el responsable deberá correr con los costes de ejecución de estas medidas (art. 9 apartados 1 y 2 *USchadG*) y de no hacerlo así, el artículo 7.2 de la *USchadG* permite a la autoridad competente exigir las medidas preventivas, de evitación o de reparación que estime necesarias (65).

Por otro lado, a diferencia de la *WHG* y la *BNatSchG*, la *BBodSchG* no contiene ninguna referencia al Anexo II de la DRM (puesto que, recordemos, en la transposición de la Directiva esta Ley no fue enmendada), sino que las obligaciones de reparación se regulan directamente en su artículo 2.7 que, en esencia, se corresponden e incluso superan el contenido del mencionado Anexo II de la norma europea (66). De esta forma, para la reparación de los suelos contaminados se aplicarán las medidas:

- 1) para eliminar o reducir los contaminantes (medidas de descontaminación),
- 2) para evitar la propagación de contaminantes de una manera duradera, o reducir los contaminantes sin eliminarlos (medidas de contención o de evitación de nuevos daños),
- 3) para eliminar o reducir los cambios perjudiciales en las características biológicas, físicas o químicas del suelo.

El artículo 8 establece que el Gobierno Federal determina los criterios para la reparación del suelo y los lugares contaminados, especialmente en lo que respecta al objetivo de la rehabilitación, el alcance de las medidas de descontaminación, así como aquellas medidas que impidan la difusión de los contaminantes a largo plazo [apartado 3.b)]. Los sujetos obligados a llevar a cabo la reparación se recogen en el artículo 4, apartado 3. De este modo, «quien cause un cambio nocivo o contamine un suelo (o sus sucesores), el propietario y el poseedor real del terreno, estarán obligados el a reparar el suelo y los lugares contaminados, así como cualquier contaminación que se

(64) GASSNER y SCHEMEL (2008: pp. 86-87).

(65) KLOEPFER (2011: p. 146).

(66) COSACK y ENDERS (2008: pp. 411-412).

cause a las aguas por dichos suelos contaminados, de manera que no haya riesgos, inconvenientes o molestias considerables para las personas o el público en general en un largo período de tiempo».

Asimismo, los artículos 13 a 16 regulan los planes de restauración. Se requiere por parte del responsable(s) llevar a cabo las investigaciones necesarias acerca del tipo de contaminante, cantidad y difusión, y presentar un plan de rehabilitación que contenga un resumen de la evaluación del riesgo y las investigaciones, información sobre los usos pasados y futuros de los suelos a reparar, la descripción de los objetivos de la reparación, la propuesta de medidas de descontaminación, protección y contención, y el correspondiente calendario de ejecución de estas medidas (art. 13). Los lugares contaminados se someterán al control de la autoridad competente, que podrá exigir a los obligados que lleven a cabo medidas de autocontrol, investigaciones en el suelo y el agua, y que se guarden registros de éstas (art. 15). Incluso, la propia autoridad podrá preparar o complementar el plan cuando este no se haya diseñado o no se haya llevado a cabo en plazo, o se haya ejecutado de forma técnicamente deficiente, cuando se desconozca al responsable debido a la amplia difusión de la contaminación o, porque en razón del número de sujetos obligados se requiere un enfoque coordinado (art. 14).

d) La obligación de sufragar los costes

Tal y como dispone el artículo 9.1 de la *USchadG*, el responsable deberá asumir los costes de las medidas de prevención, de evitación de nuevos daños y de reparación. En concreto, el apartado 9 del artículo 2 incluye dentro del concepto de costes «aquéllos justificados por la necesidad de garantizar una aplicación adecuada y eficaz de la presente Ley, incluidos los costes de evaluación de los daños ambientales o de la amenaza inminente de tales daños y de las alternativas de acción posibles, así como los costes administrativos, jurídicos y de ejecución de las medidas, los costes de la recopilación de datos y otros costes generales, y los costes de seguimiento y supervisión». Asimismo, en la misma línea que la *USchadG*, el artículo 24.1 de la *BBodSchG* establece que los costes de las medidas impuestas para la investigación de los suelos contaminados y en la elaboración y ejecución de los planes de restauración serán soportados por los sujetos obligados a llevar a cabo tales medidas.

A estos efectos, el inciso 2º artículo 9.1 establece un mandato a los *Länder* para que aprueben «las disposiciones necesarias para la aplicación de la Directiva 2004/35/CE, sobre la asignación de costes, exención y reembolsos de los gastos, incluyendo los plazos de pago». Además, señala que en base a lo dispuesto en el artículo 8.4 de la DRM, los *Länder* pueden decidir que el responsable no tenga que soportar los costes de las medidas de reparación

adoptadas en dos supuestos concretos, que también nuestra LRM recoge su artículo 14.2 (67).

La primera posibilidad es que el daño traiga causa de una emisión o un hecho autorizados mediante autorización expresa y plenamente ajustados a las condiciones en ella fijadas, concedida u otorgada de conformidad con las disposiciones legales y reglamentarias nacionales aplicables. La posibilidad de aplicar esta exención ha sido muy controvertida en Alemania, pues mientras que la industria está a favor de la misma por razones de seguridad jurídica y de competitividad, la doctrina jurídica, así como las organizaciones medioambientales, han denunciado la defensa esta exención como una violación del espíritu de la responsabilidad estricta por los daños ambientales (68). La segunda posibilidad se trata de los daños causados en los supuestos de «riesgo del desarrollo» o «estado del arte» (cuando el estado de la ciencia y la tecnología no permiten, en ese momento, conocer los perjuicios ambientales de una actividad).

El Estado Federal no contempla directamente en la *USchadG* estas exenciones (69), pero el artículo 9.1, inciso segundo, permite a los *Länder* hacer uso de las mismas. Según REHBINDER (70) «la idea parece ser que, teniendo en cuenta el hecho de que en Alemania hay estados ricos y menos ricos o incluso pobres, corresponde a los *Länder* decidir si pueden darse el lujo de eximir a los operadores de soportar los costes de los daños que causen en esos supuestos», pues la *USchadG* no prevé algo similar a nuestro Fondo Estatal de Reparación de Daños Medioambientales (71). Sin embargo, como

(67) Por causa directa y expresa de una autorización administrativa otorgada de conformidad con la normativa aplicable a las actividades enumeradas en el Anexo III (será necesario, además, que el operador se haya ajustado estrictamente en el desarrollo de la actividad a las determinaciones o condiciones establecidas al efecto en la referida autorización y a la normativa que le sea aplicable en el momento de producirse la emisión o el hecho causante del daño medioambiental); y por los riesgos que implica el desarrollo tecnológico, es decir, que el operador pruebe que el daño medioambiental fue causado por una actividad, una emisión, o la utilización de un producto que, en el momento de realizarse o utilizarse, no eran considerados como potencialmente perjudiciales para el medio ambiente con arreglo al estado de los conocimientos científicos y técnicos existentes en aquel momento.

(68) REHBINDER (2007a: pp. 112-113).

(69) Aunque sí en otras normas, como en el artículo 19.1 de la *BNatSchG*, *vid. infra* apartado III.1.

(70) (2007a: p. 113)

(71) Destinado a sufragar los costes derivados de medidas de prevención, de evitación o de reparación de los bienes de dominio público de titularidad estatal, y que únicamente operará en «algunos» de los supuestos de exclusión de la responsabilidad previstos en la Ley (art. 14.2), y respecto de las aguas y las costas, en la medida en que a la AGE le corresponda velar por su protección, aunque las Comunidades Autónomas podrán participar de la gestión y financiación de este Fondo o establecer sus propios mecanismos (art. 34 LRM).

critican COSACK y ENDERS (72), «optar por no exigir los costes provocaría desventajas competitivas entre los *Länder* difícilmente comprensibles». En este sentido, el objetivo de una ley Federal es garantizar una justa y equilibrada competencia en la República Federal, así como la efectividad de la responsabilidad medioambiental a nivel nacional, lo que ya no estaría garantizado en el supuesto de que algunos *Länder* decidan no exigir al responsable el coste de los daños ambientales (73). Por ello, en el caso de que se otorguen estas exenciones, el *Land* en cuestión deberá asumir los costes, al ser el encargado de la ejecución de la Ley (74).

Al margen de dichas exenciones, en los supuestos en los que haya sido la autoridad quien haya adoptado las medidas (actuación directa, art. 8.1. *in fine*), estará facultada para iniciar un procedimiento de reembolso en el plazo de 5 años desde que se adoptaron las medidas o desde que se determine al responsable, a contar desde la fecha más tardía (75). Además, la legislación de los *Länder* puede establecer plazos más largos o sin límite de tiempo (art. 9.1.4 *USchadG*).

e) Las obligaciones en el caso de varios responsables

En el caso de que existan varios responsables de un daño ambiental, el artículo 9.2 de la *USchadG* dispone que «la obligación de reparar, así como la cuantía, dependerá del grado en que cada responsable haya causado el riesgo o el daño», pronunciándose en los mismos términos el artículo 24.2 de la *BBodSchG*. Además, «independientemente de su relación, tendrán derecho a reclamar compensaciones entre sí» en el plazo de 3 años, a contar desde la recuperación de costes cuando sea la autoridad competente quien adopte las medidas, o tras la finalización de la adopción de las medidas por el responsable o en el momento en el que el mismo tenga conocimiento de la identidad de la persona obligada a cubrir los costes de la reparación. Independientemente de tal conocimiento, el plazo de prescripción para ejercer la acción de reclamación es de 30 años desde la finalización de la adopción de las medidas.

Ahora bien, la *USchadG* permite que los responsables adopten disposiciones contractuales que les eximan de la obligación de compensar entre sí los daños (76) pues, en realidad, el artículo 9 de la DRM deja libertad a los Estados

(72) (2008: p. 415)

(73) DIEDERICHSEN (2007: p. 3378).

(74) COSACK y ENDERS (2008: p. 412).

(75) En idénticos términos de tiempo regula nuestra LRM la recuperación de costes (art. 48.2).

(76) COSACK y ENDERS (2008: p. 412).

miembros para que regulen la responsabilidad en el caso de varios causantes del daño (77). De este modo, nuestra LRM establece que en los supuestos en los que exista una pluralidad de operadores responsables, la responsabilidad será «mancomunada», a no ser que por ley especial que resulte aplicable se disponga otra cosa (art.11).

7. La autoridad competente

Las obligaciones y potestades de la autoridad administrativa competente se regulan en el artículo 7. A diferencia de nuestra LRM (art. 7), la *USchadG* no determina a quién le corresponde la ejecución de la Ley. No obstante, tal y como señala el artículo 83 de la *GG*, «los *Länder* ejecutarán las leyes federales como asunto propio» (78), lo que incluye los aspectos organizativos y la regulación del procedimiento administrativo (art. 84.1 *GG*), siempre bajo supervisión federal (art. 84.3 *GG*), salvo las excepciones «previstas o permitidas por la propia *GG*» (art. 83), esto es, los supuestos de ejecución de la legislación federal por los *Länder* como «competencia delegada», y los de ejecución por la propia Administración federal (que no afectan a las distintas piezas de la legislación ambiental) (79). Por tanto, por regla general, será competente la autoridad del *Länder* donde se haya producido el daño o amenaza inminente del daño ambiental, de igual modo que en España, también con carácter general, la ejecución de la LRM corresponde a las Comunidades Autónomas en cuyo territorio se localicen los daños causados o la amenaza inminente de que tales daños se produzcan (art. 7.1).

En cuanto a las funciones de la autoridad en la *USchadG* son inicialmente de supervisión, ya que las obligaciones de información, prevención y reparación son adoptadas, en principio, por el responsable (art. 7.1), pudiendo la autoridad exigirle (art. 7.2):

- 1) Que proporcione información sobre toda amenaza inminente de daño medioambiental, sobre la sospecha de que va a producirse una amenaza inminente o sobre un daño que ya ha ocurrido, junto con su propia evaluación,
- 2) Que adopte las medidas preventivas necesarias,

(77) «La presente Directiva se entenderá sin perjuicio de cualesquiera disposiciones vigentes en las normativas nacionales en relación con la imputación de costes en caso de varios responsables, especialmente, en lo que respecta al reparto de responsabilidad entre el productor y el usuario de un producto».

(78) Ya que no se encuentra la protección al medio ambiente entre las «materias de la administración propia de la Federación» (art. 87 *GG*).

(79) VALENCIA MARTÍN (2016: p.1542).

3) Que adopte las medidas de evitación de nuevos daños y de reparación necesarias.

Por tanto, si el responsable no lleva a cabo de forma voluntaria el cumplimiento de las obligaciones que le exige la *USchadG*, éstas pueden ser exigidas por la autoridad competente. El artículo 7 de la *USchadG* ha sido criticado por parte de la doctrina, que entiende que es incompatible con los postulados de la DRM, ya que según establecen los artículos 5.4 y 6.3 de la Directiva «la autoridad competente exigirá que el operador adopte las medidas preventivas y reparadoras». Al establecer el apartado 2º de la *USchadG* que la autoridad «puede» exigir al responsable que adopte las medidas, se sostiene que no se corresponde con la obligación legal incondicional de exigir al responsable la adopción de tales medidas, como dispone la DRM (80). Argumenta REHBINDER (81) que «el artículo 7.1 de la *USchadG* establece un lenguaje muy ambiguo en cuanto a las obligaciones del organismo competente. El texto puede entenderse en el sentido de que la autoridad simplemente supervisa las medidas preventivas y reparadoras que debe tomar el operador, o se puede sostener que la autoridad debe velar por que se tomen tales medidas. Sin embargo, lo que sí está claro es que la autoridad competente no está obligada a ordenar al operador que realice acciones preventivas o de reparación, pues el artículo 7.2 de la Ley dispone expresamente que la autoridad competente «podrá» dictar tales órdenes. En la terminología jurídica alemana esto significa que su decisión es discrecional. Además, el artículo 7 no regula ni la ejecución de la Ley. Y, aunque la intervención de las asociaciones medioambientales prevista en los artículos 12 y 13 de la Directiva puede proporcionar cierta medida de control, la transposición alemana no es fácil de defender. Su conformidad con la Directiva está abierta a serias dudas».

En España, en cambio, la obligación legal de exigir por la autoridad las medidas no admite dudas, pues como establece el artículo 22 de la LRM «la autoridad competente velará para que el operador adopte las medidas de prevención, de evitación o de reparación de los daños medioambientales, así como para que observe las demás obligaciones establecidas en esta ley, en los términos en ella previstos».

Por otro lado, otra de las funciones de la autoridad es decidir, de conformidad con las regulaciones específicas, sobre la naturaleza y el alcance de las medidas de reparación que deban adoptarse, recordemos, de entre las identificadas, en su caso, por el responsable (art. 8 apartados 1 y 2) (82). Para el caso de que se produzcan varios daños al medio ambiente y las medidas

(80) COSACK, y ENDERS (2008: p. 412).

(81) (2007a: p. 114)

(82) *Vid. supra* apartado 6.B).c).

de reparación necesarias no se puedan adoptar al mismo tiempo, la autoridad competente podrá determinar, a su discreción, el orden de las medidas, teniendo en cuenta la naturaleza, extensión y gravedad de daños ambientales causados, las posibilidades de recuperación natural y los riesgos para la salud humana (art. 8.3). En el mismo sentido, siguiendo lo dispuesto en el artículo 7.3 de la DRM, nuestra LRM también prevé que, cuando se hayan producido varios daños medioambientales, la autoridad competente fije el orden de prioridades que habrá de ser observado, teniendo en cuenta, entre otros aspectos, la naturaleza, el alcance y la gravedad de cada daño medioambiental, así como las posibilidades de recuperación natural. En todo caso, tendrán carácter preferente en cuanto a su aplicación las medidas destinadas a la eliminación de riesgos para la salud humana (art. 20.3).

Finalmente, la autoridad tiene también atribuida la función de cooperación e intercambio de información en caso de los «daños transfronterizos» (83). De este modo, tal y como establece el artículo 12 de la *USchadG*, cuando un daño ambiental afecte o pueda afectar a uno o varios Estados miembros de la UE, las autoridades competentes deberán cooperar con las autoridades correspondientes de los demás Estados miembros, intercambiando en una medida razonable la información necesaria para garantizar las medidas preventivas, de evitación de nuevos daños y de reparación que deban adoptarse.

8. El procedimiento de exigencia de responsabilidad medioambiental

El procedimiento puede ser iniciado de oficio, a instancia de los afectados y por las asociaciones ecologistas reconocidas, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 10 de la *USchadG*: «la autoridad competente adoptará las acciones encaminadas al cumplimiento de las medidas de reparación con arreglo a esta Ley, de oficio o cuando una parte afectada o una asociación, habilitada para tener acción en virtud del artículo 11 párrafo segundo, presente la correspondiente solicitud y cuando los hechos en los que dicha acción se base sugieran de forma plausible la ocurrencia de un daño ambiental».

No reconoce a diferencia de nuestra LRM, legitimación al propio responsable (operador en nuestro caso) de los daños, pero no nos cabe duda de que también podrán solicitar que se inicie el procedimiento por diversas razones (84): por la mejor situación técnica y recursos de que dispone la Administración para asistirle en la reparación, el posible desconocimiento

(83) Obligaciones que también tienen atribuidas nuestras autoridades administrativas (art. 8 LRM).

(84) Vid. ESTEVE PARDO (2008: p. 86) y GARCÍA AMEZ (2015: p.357).

por el operador del alcance de las medidas que debe adoptar, las cuales serán fijadas en la resolución administrativa que ponga fin al procedimiento, o porque se produzcan varios daños al medio ambiente y las medidas de reparación no se puedan adoptar al mismo tiempo, en cuyo caso la autoridad competente determinará el orden de adopción de las medidas (art. 8.3); por cuanto que, parte afectada (85), son las personas físicas o jurídicas que (potencialmente) puedan ver afectados por el daño medioambiental sus derechos o intereses legalmente protegidos (donde tendría cabida la obligación de reparar el daño) (86).

Por otro lado, el artículo 10 de la *USchadG* no prevé, como si lo hace la LRM (art. 41.2 que exige al interesado especificar en la solicitud de iniciación del procedimiento de responsabilidad medioambiental «los daños o las amenazas de daños medioambientales»), que los interesados puedan solicitar la iniciación del procedimiento de responsabilidad medioambiental por las «amenazas inminentes de daño ambiental», sino solo por los daños ambientales ya producidos. En efecto, el artículo 12.5 de la DRM permite que los Estados decidan no aplicar las disposiciones relativas a la «solicitud de acción» respecto de los casos de amenaza inminente de daño ambiental. Opción seguida por la Ley de responsabilidad alemana, pues como explica la Sentencia del Tribunal Administrativo de primera instancia de Hamburgo, de 18 de septiembre de 2015, «ni de la Directiva de responsabilidad medioambiental ni del Convenio de Aarhus se deriva un deber para los Estados miembros de conceder legitimación a las asociaciones medioambientales reconocidas con respecto a las medidas para prevenir daños ambientales» (apartado 80). Por tanto, «el sentido del artículo 12.5 de la DRM es que los Estados Miembros deben tener la opción, tanto en el procedimiento administrativo, como en el posterior proceso judicial, de no conferir legitimación para la exigencia de medidas de prevención de daños» (apartado 76).

En cuanto a las asociaciones ecologistas a las que hace referencia el artículo 11, son aquellas reconocidas por la Ley Complementaria de Recursos en Materia de Medio Ambiente (*Umwelt-Rechtsbehelfsgesetz* o *UmwRG*) de 2006 (87). En virtud de esta Ley, una asociación alemana o extranjera será reconocida para presentar recursos si (art. 3.1):

(85) Es el equivalente al concepto de interesado que regula el artículo 4 de nuestra LPAC.

(86) COSACK y ENDERS (2008: p. 413).

(87) Gesetz über ergänzende Vorschriften zu Rechtsbehelfen in Umweltangelegenheiten nach der EG-Richtlinie 2003/35/EG (Umwelt— Rechtsbehelfsgesetz – *UmwRG*), de 7 de diciembre de 2006 (*BGBI.* I S. 2749). Enmendada recientemente por la Ley para adaptar la Ley Complementaria de Recursos y otras regulaciones a los requisitos legales europeos e internacionales (*Gesetz zur Anpassung des Umwelt-Rechtsbehelfsgesetzes und anderer Vorschriften an europa— und völkerrechtliche Vorgaben*), de 29 de Mayo de 2017 y por la Ley

- 1) De acuerdo con sus Estatutos, promueve de forma activa y permanente la protección del medio ambiente;
- 2) Ha existido durante al menos los tres años previos al momento del reconocimiento y ha sido activa durante ese tiempo en el sentido del punto anterior (88);
- 3) Ofrece garantías sobre el adecuado cumplimiento de sus funciones, teniéndose en consideración el tipo y el alcance de su actividad anterior, la composición de sus miembros y su eficacia;
- 4) Persigue fines benéficos en el sentido del artículo 52 del Código Tributario alemán; y
- 5) Permite que todo el que apoye los objetivos de la asociación se convierta en miembro (lo que excluye a fundaciones como Greenpeace y WWF) (89).

Iniciado el procedimiento administrativo, la autoridad competente decidirá, de conformidad con las regulaciones específicas, sobre la naturaleza y el alcance de las medidas de reparación que deban adoptarse de entre las identificadas por el operador (art. 8.1 y 8.2 *USchadG*), e informará a los afectados y a las asociaciones ecologistas, dándoles la posibilidad presentar observaciones, que serán tenidas en cuenta en el proceso de decisión (art. 8.4 *USchadG*).

El procedimiento finalizará con un acto administrativo que deberá ser motivado y contener la información relativa a los recursos legales que tengan cabida (art. 11.1 *USchadG*), pues contra la resolución que decida sobre la obligación de adoptar o no las medidas se podrá interponer recurso ante los tribunales [art. 40.1 la Ley de la Jurisdicción Contenciosa (*Verwaltungsgerichtsordnung* o *VWgO*) (90)].

Ahora bien, respecto de la legitimación de las asociaciones ecologistas reconocidas, el artículo 11.2 de la *USchadG* señala que el recurso sobre la

para modernizar la Ley de evaluación del impacto ambiental (*Gesetz Zur Modernisierung des Rechts der Umweltverträglichkeitsprüfung*) de 20 de julio de 2017. Esta Ley es la equivalente a nuestra 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, que incorpora las Directivas 2003/4/CE y 2003/35/CE.

(88) Nuestra LRM [art. 42.1.b)] exige un lapso de tiempo previo menor: «Que se hubieran constituido legalmente al menos dos años antes del ejercicio de la acción».

(89) REHBINDER (2011: p. 145).

(90) De 19 de marzo de 1991 (*BGBI.* I S. 686). Establece que el recurso ante los tribunales administrativos deberá estar disponible en todas las controversias de derecho público de carácter no constitucional, en la medida en que los conflictos no estén atribuidos expresamente a otro tribunal por una ley federal.

resolución administrativa o su omisión por parte de la autoridad competente se rige por lo dispuesto en la *Umwelt-Rechtsbehelfsgesetz*. Por tanto, como explica REHBINDER (91) la asociación deberá cumplir con todos los requisitos del artículo 3 de la *UmwRG* mencionados *supra*, y además con ciertos prerequisites, como que su alcance geográfico se extienda al menos a un «Land» y que su actuación sea apropiada en esta área, incluyendo la responsabilidad financiera. A estos efectos, señala el Tribunal Administrativo de primera instancia de Saarlouis (*Verwaltungsgericht*) en Sentencia de 12 de septiembre de 2012, que «la *UschadG* no atribuye a la autoridad competente la función de supervisar qué asociaciones ambientales están correctamente reconocidas, sino que ésta debe actuar sobre la base de una solicitud de un organismo reconocido como asociación ambiental de acuerdo con el 10 de la Ley de responsabilidad, en el caso en que los hechos presentados en apoyo de la solicitud demuestran de forma creíble que se haya producido un daño ambiental».

En cuanto al plazo, según el artículo 2.3 de la *UmwRG*, la asociación dispone de un plazo de un año (plazo general de recurso en primera instancia según el artículo 47.2 de la *VWgO*) para interponer recurso si la resolución se ha adoptado vulnerando la legislación vigente en relación con todas las materias recogidas en el artículo 1.1, que incluye la práctica totalidad de las materias que se regulan en relación con el medio ambiente. Si la decisión no fue publicada ni notificada a la asociación, el plazo de un año contará desde que ésta tuvo conocimiento de la decisión o pudo haberlo tenido. Como excepción, los recursos contra las decisiones adoptadas de conformidad con el artículo 1 apartados 5 y 6, es decir, las relativas a actos administrativos o contratos públicos que autoricen proyectos mediante la aplicación de legislación medioambiental federal, estatal o europea de aplicación directa; y las relativas a actos para la adopción de medidas de vigilancia o control al objeto de lograr el cumplimiento de las decisiones adoptadas conforme a legislación medioambiental, se podrán interponer en el plazo de dos años desde que éstas se dictaron, con independencia de que la asociación haya tenido conocimiento de la mismas (92). El plazo de un año para interponer recurso también se aplicará en el caso de omisión de la decisión, es decir, cuando la decisión no haya sido dictada por la autoridad competente de forma indebida, el cual comenzará a contar desde que la asociación haya tenido o pueda haber tenido conocimiento de la omisión de la resolución administrativa.

Por otro lado, debemos destacar que la *UmwRG* ha sido modificada en varias ocasiones a raíz de una serie de sentencias del TJUE, para adecuar

(91) (2011: p. 145)

(92) El plazo de dos años es una novedad introducida por la Ley de 29 de mayo de 2017.

el contenido de la norma a las correspondientes directivas europeas (93). Destacamos la que tuvo lugar el 8 de abril de 2013 (94), a raíz de la STJUE de 11 de mayo de 2012, en el asunto «Trianel» (95) pues, hasta entonces, la legitimación de las asociaciones se limitaba expresamente a que se hubiera vulnerado normativa ambiental que reconociese derechos individuales (antiguo artículo 2.5.1). En la citada sentencia, el órgano jurisdiccional alemán (96) plantea una cuestión prejudicial de interpretación en la que solicita al TJUE que precise si el artículo 10 bis de la Directiva 85/337/CE (relativa a la evaluación de impacto ambiental de proyectos) se opone a una regulación que no reconoce a las asociaciones ambientales la posibilidad de invocar la infracción de una disposición que protege solamente los intereses de la colectividad y no de los particulares. El Tribunal resuelve «que las organizaciones no gubernamentales tienen una legitimación privilegiada frente a los particulares. El legislador nacional puede supeditar la legitimación de los particulares a la vulneración de derechos públicos subjetivos, pero en modo alguno puede aplicar esta limitación a las asociaciones ambientales» (97).

Como explica Díez SÁNCHEZ (98), «de todos es conocido que únicamente en el Derecho alemán se admite expresamente que en la técnica procesal de cualquier recurso contra la Administración pública se están protegiendo verdaderos derechos subjetivos, conforme al artículo 19.4 de su Ley Fundamental (99)». Ahora bien, el mismo «no garantiza al ciudadano ningún control general de legalidad de la Administración sino una decisión sobre la tutela judicial individual» (100). En efecto, la anterior redacción de la *UmwRG* reflejaba la «teoría de la norma de protección» (*Schutznormtheorie*) que supone que la norma legal supuestamente violada debe diseñarse para proteger los intereses

(93) (SSTJUE de 11 de mayo de 2012, asunto C-115/09; de 7 de noviembre de 2013, asunto C-72/12; y de 15 de octubre de 2015, asunto C-137/14).

(94) (BGBl. I S. 753).

(95) (Asunto C-115/09). Sobre la jurisprudencia de Aarhus del Tribunal de Justicia Europeo y la acción colectiva, *vid.* REHBINDER (2012: pp. 23-31) y REHBINDER (2014: pp. 185-190).

(96) El Tribunal Superior de Justicia de Renania del Norte-Westfalia, mediante resolución de 5 de marzo de 2009, recibida en el Tribunal de Justicia Europeo el 27 de marzo de 2009.

(97) *Vid.* DELGADO DEL SAZ (2012: pp. 327-329).

(98) (2010: pp. 54-55). Añade que «ese precepto determina que al «núcleo esencial de la Administración del Estado de Derecho en Alemania pertenece la obligación del Estado de garantizar la justicia»; que los «derechos de los ciudadanos se protegen procesalmente gracias al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva» («principal derecho fundamental procesal y, al mismo tiempo, elemento central del principio alemán de control»); y que «los principales garantes del derecho de los ciudadanos a un control de hecho efectivo son los tribunales independientes».

(99) Dispone que «toda persona cuyos derechos sean vulnerados por el poder público, podrá recurrir a la vía judicial».

(100) KAHL (2010: p.75).

individuales (101). En el caso de daños ambientales al suelo que amenazan la salud humana, el requisito podía llegar a tener sentido, pero respecto de los años a las especies y hábitats naturales es difícil imaginar se pueda afectar a los derechos individuales (102).

En definitiva, las asociaciones ambientales tienen como objetivo la defensa del interés general de protección del medio ambiente, y no la defensa (al menos no directamente) de intereses individuales (103), a lo que hay que añadir que, como declara el TJUE a raíz de la reciente sentencia de 1 de junio de 2017, asunto C-529/15, caso *Verwaltungsgerichtshof* contra *Gert Folk*, «el artículo 12 de la DRM determina las categorías de personas físicas o jurídicas legitimadas para presentar observaciones en materia de daños medioambientales. Estas tres categorías incluyen a las personas que se vean o puedan verse afectadas por un daño medioambiental, que tengan un interés suficiente en la toma de decisiones de carácter medioambiental relativas al daño o que aleguen la vulneración de un derecho, si así lo exige como requisito previo la legislación de procedimiento administrativo de un Estado miembro. La transposición completa y correcta de la Directiva exige que estas tres categorías de personas puedan presentar observaciones en materia de daños medioambientales, que estén facultadas para solicitar a la autoridad competente la adopción de medidas de acuerdo con dicha Directiva y, por lo tanto, que puedan iniciar un procedimiento de recurso ante un tribunal o cualquier otro organismo público competente, de conformidad con los artículos 12 y 13 de la citada Directiva» (apartados 44 y 46). Por ello, según establece actualmente el artículo 2.4.1 de la *UmwRG*, «la acción de la asociación se justifica si la decisión o su omisión vulnera las leyes de protección del medio ambiente y, además, afecta a las cuestiones ambientales que figuren entre los objetivos recogidos en los estatutos de la asociación en cuestión», sin exigir, por tanto, la vulneración de derechos individuales.

9. El ámbito de aplicación temporal

El artículo 13 limita la aplicación de la *USchadG* en el tiempo, en los mismos términos que el artículo 4 de la LRM y su disposición transitoria única, por tanto, «esta ley no se aplica a los daños causados por las emisiones, eventos o incidentes que tuvieron lugar con anterioridad al 30 de abril 2007 o se deriven de actividades específicas que terminaron antes de esa fecha, ni a los daños causados hace más de 30 años, si durante ese período ninguna autoridad tomó medidas contra el responsable».

(101) REHBINDER (2007a: p.115).

(102) WAGNER (2008: p. 566).

(103) DELGADO DEL SAZ (2012: pp. 326).

Como explicábamos al inicio de este trabajo, el 30 de abril de 2007 era la fecha límite para la trasposición de la DRM. La *USchadG* entró en vigor el 14 de noviembre, pero se aplica a todo daño ambiental causado por las emisiones, eventos, o incidentes, que se produjeran a partir del 30 de abril de 2007, o a actividades concretas que terminaron pasada esa fecha (104). Se trata, por tanto, de un supuesto de retroactividad permitida (105), como ya declaró el TJUE en su sentencia de 4 marzo de 2015, *Fippa Group* y otros, asunto C-534/13, considerando 44: «se desprende del artículo 17, guiones primero y segundo, de la DRM, en relación con su considerando 30, que la citada Directiva se aplica a los daños causados con posterioridad a dicha fecha o anteriormente pero cuando no hubieran concluido antes de la misma». En el mismo sentido, declara el Tribunal Europeo en sentencia de 1 de junio de 2017, asunto C-529/15, caso *Verwaltungsgerichtshof* contra *Gert Folk* «que la Directiva es aplicable *ratione temporis* a los daños ocasionados por la explotación de una instalación autorizada y puesta en marcha antes de 30 de abril de 2007» (apartado 25).

III. LAS REGULACIONES ESPECÍFICAS

Por regímenes específicos nos referimos a los establecidos por las normas que la *USchadG* denomina «regulaciones específicas» en el artículo 2.10, y que protegen las especies y los hábitats, el agua y los suelos. Así, la responsabilidad por los daños a estos recursos tiene su base en dos pilares, por un lado, las normas mínimas de protección que establece la *USchadG* respecto de la reparación de los daños medioambientales (de alcance supletorio) y, por otro, los artículos de las regulaciones específicas a los que remite el artículo 2.1 de la Ley (106). Se trata ahora de analizar el segundo de los pilares.

1. Los daños a las especies y los hábitats

Según establece el artículo 19.1 de la *BNatSchG*, un daño a las especies y los hábitats naturales a efectos de la *USchadG* es «cualquier daño que produzca efectos adversos significativos en la posibilidad de alcanzar o de mantener el estado favorable de conservación de dichos hábitats o especies» (107).

(104) DIEDERICHSEN (2007: p. 3377).

(105) KLOEPFER (2011: p. 146).

(106) GASSNER y SCHEMEL (2008: p. 89).

(107) La *USchadG* no define el estado de conservación favorable, por lo que se estará a lo dispuesto en el artículo 2.4 de la DRM.

Tal y como señalan los apartados 3 y 4, las especies a las que se refiere el apartado 1, son las que se protegen en la Directiva Aves (108) y en la Directiva Hábitats (109), no habiéndose ejercido ampliación alguna del ámbito de protección tal y como permite el artículo 2.3.c) de la DRM (110). La cuestión está, como sucede en todos los Estados miembros, en la interpretación de lo que se entiende por efectos adversos «significativos» en relación con el «estado básico» (111). Dispone el apartado 5 del artículo 19 de la *BNatSchG*, que el punto de partida para determinar el estado básico se lleva a cabo teniendo en cuenta los criterios del Anexo I de la DRM (112), reproduciendo los supuestos de daños no calificables como significativos (Anexo I *in fine*) (113). En con-

(108) Directiva 2009/147/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de noviembre de 2009 (DO L 20 de 26 de enero de 2003).

(109) Directiva 92/43/CEE, de 21 de mayo de 1992 conservación de los hábitats naturales y la flora y fauna silvestres (DO L 206 de 22 de julio de 1992).

(110) Ampliación que sí realiza la LRM, pues entre las «especies y hábitats naturales protegidos» los apartados 4 y 5 del artículo 2 incluyen no sólo los comprendidos en las normas sobre la materia mencionadas en la Directiva, sino también a cualesquiera otros protegidos por la legislación comunitaria, estatal o autonómica, así como por los tratados internacionales en que España sea parte, siempre que, en cuanto a la flora y fauna se refiere, «se hallen en estado silvestre en el territorio español, tanto con carácter permanente como estacional», excluyendo (a diferencia de la DRM) a las «especies exóticas invasoras» (entendiéndose por tales aquellas introducidas deliberada o accidentalmente fuera de su área de distribución natural y que resultan una amenaza para los hábitat o las especies silvestres autóctonas).

(111) «Aquel en que, de no haberse producido el daño medioambiental, se habrían hallado los recursos naturales y los servicios de recursos naturales en el momento en que sufrieron el daño, considerado a partir de la mejor información disponible» (art. 2.14 DRM y 2.19 LRM). El Reglamento de la LRM añade una precisión importante para aclarar que el estado básico debe determinarse en relación con el agente causante del daño y, por tanto, no hace referencia a un estado ideal de conservación del medio receptor, sino a aquel que presentara éste en el momento inmediatamente anterior a la actuación del agente. Serán, por tanto, las variables vinculadas a dicho agente las que habrá que analizar antes y después del daño. Por otro lado, se prevén los supuestos en los que la determinación del estado básico deberá tener en cuenta la posible evolución que hubieran tenido los recursos naturales de no haberse producido el daño: cuando exista información histórica fehaciente que demuestre la tendencia evolutiva de dichos recursos naturales o la previsión de que exista un cambio de uso del suelo en un instrumento de planeamiento con anterioridad a la producción del daño (Preámbulo de la norma).

(112) La misma remisión encontramos en el artículo 2.1.a) de la LRM: «El carácter significativo de esos efectos se evaluará en relación con el estado básico, teniendo en cuenta los criterios expuestos en el Anexo I».

(113) — las variaciones negativas inferiores a las fluctuaciones naturales consideradas normales para la especie o el hábitat de que se trate;

— las variaciones negativas que obedecen a causas naturales o se derivan de intervenciones relacionadas con la gestión corriente de los parajes, según se definan en el registro de hábitats o en la documentación de objetivos o según hayan sido efectuadas anteriormente por los propietarios u operadores;

secuencia, la doctrina alemana entiende que el examen de la significatividad del daño se debe llevar a cabo mediante una comparación del estado inicial con el «estado tras la lesión» y resolver la cuestión de si el estado de conservación favorable de la especie o hábitat se mantiene, teniendo también en cuenta las condiciones particulares de la región o zona afectada (114). Por tanto, la aplicación de la *USchadG* a este tipo de daños siempre dependerá de una evaluación individual realizada por las autoridades competentes acerca de la importancia de los efectos causados sobre los recursos naturales afectados (115), siendo siempre significativos los daños con efectos demostrados sobre la salud humana.

Por otro lado, en el mismo artículo 19.1 de la *BNatSchG* se recogen una serie de supuestos de exención de la responsabilidad, al establecer la inexigibilidad de sufragar los costes por el responsable que cause daños a las especies y hábitats protegidos por tratarse de actividades previamente identificadas y autorizadas específicamente por la autoridad competente (116), por ejemplo, por razones imperiosas de interés público de primer orden, incluidas razones de índole social o económica; en los casos en los que no existen alternativas razonables que permitan cumplir la finalidad del proyecto; actividades que tienen como fin la investigación; por el bien de la salud humana o la seguridad pública, incluyendo la defensa y protección de la población civil, etc. Como ya se ha anticipado (117), la cobertura jurídica de estas exenciones se encuentra en el artículo 9.1 de la *USchadG*, a partir de lo dispuesto en el artículo 8.4 de la DRM.

Finalmente, el responsable que en aplicación de *USchadG* cause daños a las especies y hábitats naturales protegidos, deberá adoptar las medidas de reparación necesarias de conformidad con el Anexo II número 1 de la DRM (art. 19.4 *BNatSchG*), así como cumplir con la obligación de información (art. 4 *USchadG*), a fin de que la autoridad pueda supervisar su correcta adopción (art. 7.1 *USchadG*) o exigir al responsable las actuaciones que procedan (art. 7.2 *USchadG*).

— los daños a especies o hábitats 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.

(114) KNOPP, WIEGLEB y PIROCH (2008: p.747).

(115) DIEDERICHSEN (2007: p. 3378).

(116) ERBGUTH y SCHLACKE (2016: pp. 271 y ss.).

(117) *Vid. supra* apartado 6.B).d).

2. Los daños a las aguas

Con la *USchadG* se introduce por primera vez en el ordenamiento jurídico alemán la responsabilidad independiente de la culpa para los daños puramente ecológicos causados a las aguas (118). De esta forma, el artículo 90.1 de la *WHG* determina el concepto de daños a las aguas como «cualquier daño que produzca efectos adversos significativos sobre el estado ecológico o químico de las aguas superficiales o las aguas costeras, en el potencial ecológico o el estado químico de las aguas superficiales artificiales y muy modificadas y de las aguas costeras, o en el estado químico o cuantitativo de las aguas subterráneas (119)».

Asimismo, dispone el apartado 2º del artículo 90 que el responsable que en aplicación de la *USchadG* cause un daño a las aguas deberá adoptar las medidas de reparación necesarias de conformidad con el Anexo II número 1 de la DRM. Así, la reparación de los daños a las aguas tiene como objetivo la restauración original (al momento anterior del evento perjudicial para el medio) (120).

A diferencia de la *BNatSchG*, la *WHG* no establece qué debe entenderse por «efectos adversos significativos» (tampoco lo aclara la DRM) (121). Según COSACK y ENDERS (122), se requiere una constatación de otras características calificativas que justifiquen la significatividad del daño, teniendo en cuenta los objetivos de la *USchadG* y aplicándolos al caso concreto, partiendo de la consideración de que, debido a la gran importancia de las aguas como recurso natural, el nivel de exigencia para apreciar un efecto significativo debe ser bastante bajo (123).

(118) ERBGUTH y SCHLACKE (2016: p. 303).

(119) Con excepción de los efectos adversos a los que se aplica el artículo 31 apartado 2, en relación con los artículos 44 y 47 apartado 3, punto 1. Se refiere a aquellos supuestos en los que se produce cierta pérdida de calidad de las aguas, pero que no constituyen daños al medio ambiente relevantes, al tratarse de alteraciones que por el interés público son inevitables. COSACK y ENDERS (2008: p. 409).

(120) GASSNER y SCHEMEL (2008: p. 90).

(121) A este respecto, en España, si se han establecido algunos criterios, de modo que el apartado 2º del artículo 16 del Reglamento establece que, «los daños ocasionados 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 afectación, de conformidad con lo dispuesto en el Real Decreto 907/2007, de 6 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Planificación Hidrológica».

(122) (2008: p. 409)

(123) Aun así, añaden que, dado que la norma hace referencia expresa a la significatividad del daño, se aconseja una aclaración legislativa del término.

3. Los daños al suelo

Según el artículo 2.1 de la *USchadG*, se entiende por daños al suelo «aquellos impactos sobre las funciones del suelo definidas en el artículo 2.2 de la Ley Federal de protección del suelo (*BBodSchG*), como resultado de la introducción directa o indirecta de sustancias, preparados, organismos o microorganismos sobre, en o bajo tierra, provocando riesgos para la salud humana». Según el artículo 2.2 de la *BBodSchG*, estas funciones son:

- 1) Funciones naturales como:
 - a. base para la vida y hábitat para las personas, animales, plantas y los organismos del suelo,
 - b. parte de los sistemas naturales, especialmente a través del agua y los ciclos nutrientes,
 - c. un medio para la descomposición, el equilibrio y la restauración como resultado de su filtrado, regulación y conversión de sustancias y, especialmente, para la protección de las aguas subterráneas;
- 2) Funciones como un archivo de la historia natural y cultural; y
- 3) Funciones de uso como
 - a. fuente de materias primas,
 - b. área para el asentamiento y la recreación,
 - c. lugar para el uso agrícola o forestal,
 - d. ubicación para otros usos económicos y públicos, para el transporte, para el suministro y para la eliminación de residuos.

Por tanto, si como consecuencia de un impacto al medio se alteran las funciones descritas, causando riesgos para la salud humana, estaremos ante un daño medioambiental protegido por la *USchadG*. Sin embargo, la *USchadG* no define lo que se entiende por tales riesgos a la salud (ni tampoco la LRM o la propia DRM). Según COSACK y ENDERS (124) «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”».

Debemos destacar que la *USchadG* se ve limitada en su aplicación por su concepto de daño al suelo más estricto que el que establece la *BBodSchG* (125), pues la exigencia de que el daño provoque riesgos para la salud humana supone que la pérdida de las funciones del suelo, en particular, las funciones

(124) (2008: p. 410)

(125) Becker (2007: p. 22).

naturales o ecológicas en el sentido del artículo 2.2 párrafo 1 *BBodSchG* no entren en su ámbito de aplicación (126). Como consecuencia, en base al principio de supletoriedad (127), la *USchadG* mantiene a menudo con respecto a la protección del suelo un papel irrelevante (pues actúa de forma subsidiaria respecto de la *BBodSchG*), dado su concepto de daño al suelo de alcance más limitado, centrado en la contaminación que provoque riesgos para la salud humana, respecto del que establece el artículo 2.3 de la *BBodSchG*, que protege todas las funciones del suelo al señalar que se entiende por daño: «los cambios perjudiciales del suelo supongan el deterioro sus funciones provocando riesgos, desventajas significativas o molestias considerables para las personas o el público en general». Aun así, el concepto de daños al suelo que prevé la *USchadG* es más amplio que el que establece la DRM y la LRM, pues aunque exige que se provoquen riesgos para la salud humana, no requiere que éstos sean «significativos», rebajando así el umbral de aplicación que establece la DRM (128).

Por otro lado, en circunstancias concretas, la *USchadG* sí va más allá de la *BBodSchG* y encuentra una aplicación preeminente, especialmente, respecto de la obligación de información que establece el artículo 4 de la *USchadG* frente a lo que dispone el artículo 12 de la *BBodSchG*, o a efectos de recursos, pues el artículo 11.2 de la *USchadG* reconoce una mayor legitimación a las asociaciones ecologistas que actúen contra una decisión u omisión de la autoridad competente dictada en aplicación de la *BBodSchG* (129).

IV. EL SEGURO ALEMÁN DE RESPONSABILIDAD POR DAÑOS AMBIENTALES

1. Prescindiendo de las garantías financieras obligatorias

El artículo 14 de la DRM establece que «los Estados miembros adoptarán medidas para fomentar el desarrollo de mercados e instrumentos de garantía financiera, incluyendo mecanismos financieros en caso de insolvencia, con el fin de que los operadores puedan recurrir a garantías financieras para hacer frente a sus responsabilidades», no imponiendo, por tanto, un régimen de garantías financieras obligatorias (130). Aunque en el borrador original de la

(126) COSACK y ENDERS (2008: p. 410).

(127) *Vid. supra* apartado II.3.

(128) *Vid. supra* apartado II.4.

(129) ERBGUTH y SCHLACKE (2016: p. 370).

(130) Únicamente ocho países de la Unión han establecido un régimen de garantías financieras obligatorias en transposición de la DRM: España, Bulgaria, Portugal, Grecia, Hungría, Eslovaquia, Chequia y Rumanía.

USchadG se incluía la regulación de las garantías financieras, éstas fueron descartadas durante el proceso legislativo posterior sobre la base de que la introducción de un seguro obligatorio habría obstaculizado significativamente el desarrollo del mercado de los seguros, por resultar extremadamente complicada la cobertura de los nuevos riesgos ambientales (131).

Como explica REHBINDER (132), «la aplicación alemana de esta disposición de la DRM se ha caracterizado por un alto grado de escepticismo acerca de la disponibilidad de un seguro obligatorio de daños medioambientales en el mercado. Si partimos de la experiencia del artículo 19 de la *UmweltHG*, que faculta al Gobierno para introducir, por vía reglamentaria, un seguro obligatorio para las actividades con un riesgo particularmente alto recogidas en la Ley, este empoderamiento nunca se ha utilizado porque se pensó que el mercado de seguros para la responsabilidad ambiental no estaba lo suficientemente desarrollado como para permitir la introducción de cualquier sistema de seguro obligatorio. En consecuencia, la *USchadG* deja la cuestión al mercado privado». Por tanto, dada la extensión de la responsabilidad ambiental y la ausencia de un límite de responsabilidad, por el momento, el legislador alemán ha descartado establecer una garantía financiera obligatoria. De esta forma, es una decisión puramente comercial y voluntaria del (posible) responsable, el cubrir el riesgo de los daños al medio ambiente a través de un seguro (133).

Previamente a la *USchadG*, los seguros clásicos de responsabilidad se valían de determinadas exclusiones para limitar el riesgo medioambiental, en base a la poca experiencia que había sobre la cobertura y tratamiento de los daños a los recursos naturales. En particular, la falta de criterios para la evaluación y reparación de los daños ambientales hacía que la protección ofrecida fuera solo parcial. Con la aprobación de la *USchadG*, se plantea en Alemania el debate sobre si, y en qué medida, el daño ambiental puede ser asegurado y que cobertura puede ofrecer el mercado de los seguros (134). En cualquier caso, lo cierto es que la *USchadG* establece la obligación del responsable (operador) de prevenir y reparar el daño ambiental significativo, responsabilidad que es «completa» (ilimitada en términos de la LRM), ya que el artículo 9.1 le atribuye la obligación de correr con todos los costes derivados de la aplicación de las medidas de prevención, de evitación de nuevos daños y de reparación (135), de ahí la importancia y el buen papel que un seguro

(131) En España, están obligados a suscribir una garantía financiera los operadores que ejerzan las actividades del Anexo III (art. 24 LRM), aunque con las excepciones que prevé el artículo 28 de la LRM y el artículo 37 del su Reglamento de desarrollo.

(132) (2007a: p. 117)

(133) DIEDERICHSEN (2007: p. 3380).

(134) ARMBRÜSTER y SCHREIER (2016: pp. 3-4).

(135) ARMBRÜSTER y SCHREIER (2016: p. 7).

de responsabilidad medioambiental puede ofrecer a los operadores económicos para garantizar la continuidad de sus empresas (136).

2. Los problemas relacionados con la asegurabilidad de los daños medioambientales

No difieren demasiado de los que encontramos en España, pues tanto la *USchadG* como la LRM suponen para el sector de los seguros nuevos retos. En particular, resulta complejo determinar los costes de la reparación y al mismo tiempo que la cuantía de la prima no sea prohibitiva, sumado a la falta de experiencia para la estimación del alcance de los daños, la amplia discrecionalidad de la autoridad competente en la determinación de las medidas aplicables (art. 8.2 de la *USchadG*), así como la identificación del estado inicial de la fauna y la flora (o de las aguas) y de la significatividad de los daños (137). Asimismo, la estimación de la frecuencia de las reclamaciones que pueden producirse es casi imposible.

No obstante, a pesar de la difícil tarea del calcular la prima, así como la falta de evaluación e investigación de los riesgos, las compañías de seguros ofrecen cobertura para la responsabilidad por los daños ambientales desde poco después de la entrada en vigor de la *USchadG* (138). Ciertamente, los seguros tradicionales no cubrían los casos de responsabilidad que esta norma establece, en particular, con el modelo de seguro de responsabilidad ambiental (*Umwelthaftpflichtversicherung* o *UHV*), que se desarrolló en los años noventa del siglo pasado con la entrada en vigor de la *UmweltHG*, y que se refiere a la responsabilidad legal de derecho privado para daños a las personas y a la propiedad causados por impactos ambientales y, por tanto, no a la responsabilidad medioambiental de carácter administrativo. En respuesta, la Asociación General Alemana de la Industria de los Seguros (*Gesamtverband der deutschen Versicherungswirtschaft* o *GDV*) (139) ha adaptado el seguro a la cobertura que requiere la responsabilidad que establece la *USchadG*, elaborando las «recomendaciones de las condiciones generales» (*Allgemeine*

(136) Aunque nuestra LRM contempla tres modalidades de garantía financiera, esto es, el seguro, el aval bancario y la reserva técnica (art. 26), en Alemania únicamente se han desarrollado los seguros ambientales, no constándonos que se hayan implantado, al menos de momento, las otras dos modalidades de garantía financiera u otras diferentes.

(137) ARMBRÜSTER y SCHREIER (2016: p. 9).

(138) COSACK y ENDERS (2008: p. 414).

(139) Con sede en Berlín, es la organización que agrupa a las aseguradoras privadas en Alemania. Cuenta con cerca de 460 miembros que proporcionan a través de 428 millones de contratos de seguro cobertura integral a hogares privados, industrias, comercios e instituciones públicas. <http://www.gdv.de> (Acceso: 8 de enero de 2018).

Versicherungsbedingungen o *AVB*) (140) del seguro por daños ambientales (*Umweltschadensversicherung* o *USV*) (141).

3. El modelo de seguro *Umweltschadensversicherung*

EL *USV* está compuesto por una cobertura básica y dos módulos adicionales opcionales. La «cobertura básica» incluye los daños al medio ambiente fuera de las propias instalaciones del asegurado, en particular, a la biodiversidad, a las aguas y a los terrenos de terceros, con excepción de los daños a las aguas subterráneas y a las instalaciones de terceros. Además, respecto de los daños a los suelos, se requiere que se cause un riesgo para la salud humana, tal y como exige el artículo 2.1.c) de la *USchadG*.

Para cobertura de los daños ambientales que se produzcan en instalaciones propias se puede contratar el «módulo adicional primero», mientras que «el módulo adicional segundo» amplía la cobertura en el sentido de la Ley de Suelos (*BBodSchG*), más allá de las obligaciones que establece la *USchadG*. De este modo, ofrece cobertura para las obligaciones de descontaminar el propio suelo por los cambios nocivos que no supongan riesgos para la salud humana, siempre que afecten a las funciones del suelo en el sentido del artículo 2.3 (142), lo que lógicamente supondrá un aumento sustancial de la prima, por lo que dicha cobertura para las empresas sin ese riesgo específico no es adecuada (143). Por el contrario, quedan excluidos de la cobertura del seguro aquellas reclamaciones de responsabilidad de derecho privado. La cobertura para tales reclamaciones sólo puede ser proporcionada en virtud de un seguro de responsabilidad industrial, profesional o de responsabilidad ambiental por daños privados (*UHV*).

Por otro lado, existe también la modalidad del llamado «seguro básico para daños ambientales». Está destinado a pequeñas empresas, pequeños comercios o artesanos que no presenten grandes riesgos y que, por tanto, no tienen en principio una alta probabilidad de causar daños ambientales. Con esta estructura modular, el *USV* tiene en cuenta las diferentes situaciones particulares de los asegurados, permitiendo a las aseguradoras llevar a cabo

(140) Las recomendaciones no son vinculantes y su uso opcional, por tanto, son posibles acuerdos diferentes entre el asegurador y el asegurado. La última versión disponible es de febrero de 2016, disponible en la página web de la GDV, <http://www.gdv.de> (Acceso: 11 de enero de 2018).

(141) WAGNER (2008: p. 578).

(142) *Vid. supra* apartado III.3.

(143) ARMBRÜSTER y SCHREIER (2016: p. 12).

un análisis de los riesgos adecuado y eficaz, así como el cálculo de la prima correspondiente en la póliza individual de cada asegurado (144).

En España, el seguro de responsabilidad por daños medioambientales ha sido desarrollado principalmente por el *Pool* Español de Riesgos Medioambientales (PERM) (145), compuesto por las principales 25 compañías aseguradoras y reaseguradoras de nuestro país. En concreto, el modelo que oferta se denomina «Seguro de Responsabilidad Medioambiental y Civil por Contaminación» y, mediante el mismo, ofrece de forma combinada un seguro para la reparación de los daños medioambientales y personales, comprendiendo así la cobertura de los daños tradicionales a particulares (art. 5 LRM) y los daños causados a los recursos naturales. Según el propio PERM: «estos seguros son necesarios para tener una protección adecuada frente a reclamaciones de la Administración y, a la vez, de terceros» (146).

De este modo, el seguro se estructura en tres módulos de cobertura, siendo el primero obligatorio y los otros dos voluntarios (147):

- 1) El primer módulo es el de responsabilidad medioambiental (SRM), excluyendo los gastos de descontaminación del propio suelo del centro asegurado.
- 2) El segundo módulo ofrece cobertura para la descontaminación del propio suelo, esto es, garantiza los gastos de descontaminación del suelo que ocupa la actividad asegurada, prestación que queda expresamente excluida del módulo anterior. Se ha separado esta cobertura en un módulo aparte, porque la contratación de la misma requerirá de información complementaria y se aplicarán criterios específicos derivados de la contaminación.
- 3) El tercer módulo (con una suma asegurada aparte) incluye la responsabilidad civil por contaminación (SRCC). Mediante el mismo se

(144) ARMBRÜSTER y SCHREIER (2016: pp 10-11).

(145) Es una agrupación de interés económico constituida en 1994 para administrar un convenio de correaseguro que permita la suscripción conjunta de los riesgos medioambientales con un contenido contractual uniforme, acogiendo tanto a compañías aseguradoras como reaseguradoras. Se constituyó inspirándose en otros tres *pools* que ya existían en Europa [el italiano (*Pool RC inquinamento*), el francés (*Assurpool*) y el holandés (*Nederlandse Milieupool*)], con la finalidad de gestionar un Convenio de suscripción por cuenta común de riesgos medioambientales: las entidades adheridas al Convenio y, por tanto, socios del *Pool* aportan capacidades, para que éste acepte, como reasegurador por cuenta de todas, los riesgos que cada uno de los aseguradores miembros del Convenio le ceden, en las condiciones previamente establecidas. Asimismo, el PERM es una entidad independiente con personalidad jurídica (Agrupación de interés económico), registrada en la Dirección General de Seguros, Fondos y Pensiones (DGSFP). HERAS HERRÁIZ (2013: p. 19).

(146) Página web del PERM, www.perm.es (acceso: 15 de enero de 2018).

(147) AVIÑÓ BELENGUER (2015: p.6).

aseguran los daños a personas, propiedades y perjuicios económicos derivados de la contaminación

Adicionalmente, estos seguros cuentan con la ventaja de que las indemnizaciones o gastos a los que haya que hacer frente para atender las reclamaciones de terceros no consumen la cobertura de responsabilidad medioambiental, ya que ambas garantías se otorgan con sumas aseguradas independientes (148).

Por tanto, la situación de los seguros en Alemania en similar a la nuestra, con la diferencia de que con las pólizas que oferta el PERM puede contratarse de forma combinada un seguro para la reparación de los daños medioambientales y tradicionales (SRM + SRCC), mientras que en Alemania será necesario tener dos seguros contratados para lograr la misma cobertura (*USV + UHV*).

4. Comparativa entre el *Umweltschadensversicherung* y los seguros que oferta el PERM

Como se ha reflejado, el desarrollo de los seguros de responsabilidad medioambiental en ambos países ha venido de la mano del sector privado, sobre todo en el caso de Alemania al no existir obligación legal para los operadores de suscribirlo. De este modo, en España, el modelo de póliza del seguro de responsabilidad medioambiental ha sido desarrollado e implantado en el mercado principalmente por el PERM, mientras que en Alemania ha sido la *GDV* la encargada de diseñar el modelo de *USV* para las empresas que voluntariamente quieran contratarlo. Estas son las principales similitudes y diferencias entre ambos modelos de pólizas:

- 1) En primer lugar, ya hemos apuntado que ambos tipos de seguros presentan una estructura modular. Esto supone que el operador decide los módulos de cobertura que desea contratar, de entre los ofertados por la aseguradora. Asimismo, en los seguros de ambos países se ofertan 3 módulos de cobertura, para extenderla a la contaminación que se produzca las instalaciones o el suelo del propio asegurado, sin embargo, una de las principales diferencias es que en el SRM el tercer módulo contempla la cobertura de la responsabilidad civil por contaminación, para los daños tradicionales (daños a personas, propiedades y perjuicios económicos derivados de la contaminación), mientras que en Alemania, dicha cobertura es propia de otros seguros, como el *UHV*.
- 2) En segundo lugar, respecto de los costes cubiertos, son similares en ambos seguros y, aunque la LRM (art. 29.2) únicamente exige respecto

(148) Página web del PERM.

de los daños a las aguas y las especies y hábitats que la garantía cubra las medidas de reparación primaria (la *USchadG* no regula estas cuestiones pues no contempla las garantías financieras en su articulado), ambos seguros cubren, con ciertos límites o requisitos (149), los costes de aplicar los tres tipos de medidas de reparación, esto es, primaria, complementaria y compensatoria.

- 3) En tercer lugar, ambos modelos de seguro comparten un límite de suma importancia para el asegurado, pues el *USV* sólo otorga cobertura para los llamados «fallos de funcionamiento o mal funcionamiento de la actividad», de forma que el daño ambiental debe ser una consecuencia directa de un accidente (mal funcionamiento) o interrupción repentina de la actividad (del asegurado o de un tercero), ocurrida durante la vigencia del contrato de seguro (apartado 3.1 *AVB*). Nuestra LRM también establece en el artículo 32 que no se cubrirán por la garantía los daños que se produzcan en condiciones normales de funcionamiento de las instalaciones (aunque se pueda exigir responsabilidad medioambiental al operador por ellos), al establecer que «se considerará hecho generador la contaminación que se produzca de forma accidental y aleatoria, es decir, que sea extraordinaria». En la práctica, la distinción entre funcionamiento normal o anormal de la actividad puede plantear serios problemas de interpretación, permitiendo a las aseguradoras liberarse de su obligación. Por ello, según la *GDV*, se presumirá que hay mal funcionamiento «cuando de forma repentina e imprevisible suceda un incidente (por ejemplo, una emisión) que no se habría creado o emitido en condiciones normales de funcionamiento», mientras que el modelo de póliza del SRM excluye todo daño producido de forma intencionada o como consecuencia de la normal posesión de instalaciones o equipos, o por un hecho previsto y consentido, quedando cubiertos el resto de daños.
- 4) En cuarto lugar, en cuanto a la vigencia temporal, ambos modelos de pólizas se activan de forma muy similar, en el *USV* con la «primera manifestación o primer descubrimiento del daño», y en el SRM, «con la primera manifestación constatable de daño ambiental». Con estos activadores de la cobertura se favorece la aplicación del seguro al daño aunque éste ya llevase un tiempo produciéndose, ahora bien, en ambos modelos de seguro deberá manifestarse o descubrirse estando

(149) Por ejemplo, el SRM exige que el alcance de las medidas de reparación complementaria y compensatoria haya sido determinado con arreglo a un baremo o procedimiento reconocido, mientras que en el caso del *USV*, los costes de la reparación compensatoria se limitan en un porcentaje de la suma asegurada para todas las reclamaciones surgidas durante un año de seguro.

en vigor la póliza, o en los tres años siguientes a la fecha de terminación del contrato, con la diferencia de que en España el SRM cuenta con la prórroga de la cobertura que otorga el Fondo de Compensación de Daños Medioambientales del Consorcio de Compensación de Seguros, lo que supone mayores garantías en el caso de la contaminación gradual (150).

- 5) En quinto lugar, en cuanto a las obligaciones del asegurado, en los modelos de póliza de ambos países se exige que el asegurado mantenga informado al asegurador sobre cualquier hecho que pueda agravar o variar el riesgo, pues en caso contrario, éste segundo podría quedar exonerado de su prestación o quedar ésta reducida, e incluso puede rescindir el contrato. Además, el asegurado debe seguir cumpliendo las obligaciones que establecen la LRM y la *USchadG* sobre prevención y evitación de nuevos daños (aunque la aseguradora corra con los gastos de aplicación de las medidas) e informar a la aseguradora de cualquier daño o amenaza inminente de daño ambiental lo antes posible.
- 6) Finalmente, en relación con las exclusiones de la cobertura, el modelo de póliza de ambos países establecen un listado de supuestos que guardan relación, bien con el propio ámbito de aplicación de la Ley de responsabilidad (art. 3.4 LRM y art. 3 apartados 3 a 5 *USchadG*), o bien respecto de riesgos que la aseguradora no puede o considera que no tiene que asumir. A grandes rasgos, el *USV* contempla las exclusiones del SRM y añade algunas más, por ejemplo, no cubre los daños a las aguas subterráneas, los producidos por amianto, por instalaciones de tratamiento de residuos o de explotación minera o, salvo excepciones, los producidos por lodos residuales, estiércol, pesticidas o fertilizantes.

En definitiva, aunque ambos modelos de seguro son parecidos, la cobertura que otorga el SRM es superior a la del *USV* en algunos aspectos, al contemplar menos exclusiones que este segundo y contar con la prórroga de la cobertura del Fondo de Compensación del Consorcio. Además, el SRM

(150) El Fondo opera únicamente respecto de actividades para las que se haya contratado el seguro, siendo la cobertura que ofrece (art. 33.1 LRM) la de «responsabilidad póstuma», es decir, la que aparece después de la vigencia de la póliza de seguro y que aún no se ha llegado a poner en funcionamiento, y consiste en la prolongación de la cobertura del seguro en los mismos términos que éste, para los daños causados durante la vigencia de la póliza que se reclamen después de extinguidos los efectos de la cobertura, por tantos años como el seguro hubiera estado en vigor, con el límite máximo de 30 años, que viene a coincidir con el plazo de caducidad de la responsabilidad estipulado en la Ley (art. 4 LRM). Vid. GUERRERO ZAPLANA (2010: p. 184).

permite concentrar en un mismo contrato los riesgos por los daños ambientales y civiles por contaminación (daños tradicionales) mientras que los operadores alemanes deberán, en estos casos, contratar dos seguros independientes para obtener la misma cobertura, lo que seguramente supondrá un desembolso económico mayor.

5. El futuro de los seguros de responsabilidad por daños ambientales en Alemania

Dado que el artículo 14 de la DRM no impone a los Estados miembros que exijan a sus operadores la constitución de garantías financieras, varios Estados han optado por dejar a las aseguradoras decidir en qué forma y en qué medida los seguros ofrecen protección frente a los daños ambientales. El legislador alemán ha seguido ese curso, siendo el *USV* un producto desarrollado por la *GDV* por propia iniciativa. Desde 2013, el *USV* ya no se ofrece de forma aislada, sino que está integrado en el seguro de responsabilidad empresarial por medio de las «Condiciones generales de los seguros para empresas y responsabilidad profesional» (*Allgemeine Versicherungsbedingungen für die Betriebs und Berufshaftpflichtversicherung AVB-BHM*) (151). Dentro del primer módulo de cobertura que ofrece, se establecen estas tres secciones:

- 1) Sección A1, se aplica a los riesgos generales y específicos de funcionamiento y ocupacionales (riesgo de responsabilidad operativa y profesional).
- 2) Sección A2, se aplica al riesgo ambiental y los daños causados en el medio ambiente.
- 3) Sección A3, se aplica a los riesgos planteados por los productos entregados, el trabajo terminado u otros servicios prestados (responsabilidad del producto).

De esta forma, la segunda sección integra en el seguro de responsabilidad empresarial la responsabilidad medioambiental. Se fundamenta en el hecho de que la suscripción de un seguro por daños ambientales para los sectores relevantes de la industria es indispensable. Sin embargo, el seguro sigue sin configurarse como obligatorio, pues se argumenta que los riesgos ambientales que se derivan de ciertas industrias pueden ser potencialmente limitados de antemano a un mínimo cuando la atención se dirige a endurecer los requisitos de las licencias, mientras que la protección de un seguro únicamente es efectiva cuando ya se ha producido el daño ambiental, de forma que, por ejemplo,

(151) Versión más reciente de febrero de 2016, <http://www.gdv.de> (Acceso: 25 de enero de 2018).

aunque se exija a los vehículos contar un seguro de responsabilidad, no por ello van a haber menos accidentes de tráfico (152).

Por otro lado, se sostiene que, en la creación de un sistema de seguros ambientales obligatorio su asegurabilidad es siempre un reto debido a la difícil previsibilidad y la magnitud de los daños, así como la falta de homogeneidad de las pólizas. Por tanto, el seguro obligatorio sólo puede funcionar eficazmente si los riesgos son comparables, una condición que en el ámbito de los riesgos ambientales no se cumple, como si sucede en un seguro de automóviles. La libertad profesional del asegurador exige que éste pueda ofrecer al mercado un producto rentable, donde el riesgo y la prima puedan ser calculados siempre. De esta forma, los límites y exenciones en la cobertura y las cláusulas limitativas de la responsabilidad son necesarias, pues solo de esta forma, la cobertura del seguro puede ser asequible para las aseguradoras.

Finalmente, la introducción de una garantía financiera obligatoria en Alemania es considerada una interferencia en la libertad de empresa de los operadores, que se verían obligados a contratar un seguro de responsabilidad y a pagar la prima correspondiente, lo que tendría un impacto particular en las PYME, pues cuentan con un riesgo menor de causar daños al medio ambiente, aunque podrían resultar obligadas a su suscripción. Por ello, se argumenta que el seguro deberá basarse en las necesidades concretas de cobertura de cada operador, dejando suficiente margen de maniobra al asegurador para establecer las condiciones (153).

V. LAS PRINCIPALES DIFERENCIAS ENTRE LA LEY ALEMANA Y LA LEY ESPAÑOLA DE RESPONSABILIDAD

Ambas normas provienen de la DRM, por tanto, ello supone que las similitudes sean mayores que las diferencias. A lo largo del trabajo se han ido tratando al hilo del estudio de la *USchadG*, no obstante, estimamos conveniente recopilar las principales diferencias entre ambas normas en este apartado. El legislador alemán ha optado por una transposición más literal de la Directiva, pues prácticamente no ha elevado o ampliado el nivel de protección que establece aquella, a pesar de disponer de esta facultad (art. 16 DRM). Además, la principal diferencia con la LRM es configurar la norma de responsabilidad como una norma de mínimos, que se aplica únicamente cuando el nivel de protección del resto de normas del ordenamiento ambiental alemán sea menor. En consecuencia, son las normas sectoriales las que elevan el nivel de protec-

(152) ARMBRÜSTER y SCHREIER (2016: pp. 33 y 34).

(153) ARMBRÜSTER y SCHREIER (2016: p. 35)

ción que establece la Directiva, garantizado, en todo caso, por la *USchadG*. En base a estas premisas, se derivan las siguientes diferencias:

- 1) La extensión de la *USchadG* es más reducida, pues consta únicamente de 14 artículos y 3 anexos, frente al preámbulo, 49 artículos, 14 disposiciones adicionales, 1 disposición transitoria, 6 disposiciones finales y 6 anexos que componen la LRM.
- 2) La *USchadG* contiene numerosas remisiones y referencias a otras leyes como consecuencia de su carácter de norma supletoria, así por ejemplo, los criterios de reparación que establece el Anexo II de la DRM no están incluidos, ni tan siquiera mencionados directamente en la *USchadG*, y las definiciones de conceptos tan importantes como son los daños a los distintos recursos naturales se encuentran en otras normas; mientras que la LRM integra en su propio articulado la mayoría de definiciones y criterios, lo que favorece su comprensión por los operadores.
- 3) La ley alemana carece de un sistema de garantías financieras obligatorias, de hecho, ni tan siquiera las menciona o las presenta como una opción del responsable (a pesar de haberse desarrollado de forma efectiva los seguros por daños ambientales en Alemania, *vid. supra* apartado IV), ni tampoco prevé la creación de fondos de garantía de insolvencia como nuestro Fondo Estatal de Reparación de Daños Medioambientales o el Fondo de Compensación de daños Medioambientales del Consorcio (arts. 33 y 34 LRM).
- 4) Respecto de las especies y hábitats naturales protegidos, la DRM permite en su artículo 2.3.c) ampliar el ámbito de protección «en caso de que así lo determine un Estado miembro, a cualesquiera hábitats o especies no enumerados en dichos anexos que el Estado miembro designe para fines equivalentes a los establecidos en esas dos Directivas». Opción que el legislador alemán, al menos de momento no ha ejercido, aunque extiende la protección de las especies y los hábitats a los daños que se produzcan dentro de la Zona Económica Exclusiva y en la plataforma continental (art. 3.2 *USchadG*). En cambio, el legislador español sí que amplía el catálogo de especies y hábitats a cualesquiera otros protegidos por la legislación comunitaria, estatal o autonómica, así como por los tratados internacionales en que España sea parte. Asimismo, la LRM amplía los recursos naturales objeto de protección a la ribera del mar y las rías [art. 2.1.c)].
- 5) La responsabilidad basada en la culpa no engloba a todos los recursos naturales incluidos en su ámbito de aplicación, sino solo a las especies y hábitats protegidos (art. 3.1.2 *USchadG*), mientras que la LRM extiende la responsabilidad por culpa a todos los recursos naturales incluidos en su ámbito de aplicación. Además, aunque no

haya dolo, culpa o negligencia, siempre serán exigibles las medidas de prevención y de evitación (art. 3.2 LRM).

- 6) En el supuesto de que el responsable no lleve a cabo de forma voluntaria el cumplimiento de las obligaciones que le exige la *USchadG* estas pueden ser exigidas por la autoridad competente, en base a sus funciones de supervisión. Por tanto, en el caso régimen alemán, se trata de una facultad discrecional de la autoridad, mientras que la LRM dispone que la autoridad velará por el cumplimiento de las obligaciones que impone la Ley (art. 22), dando cumplimiento a la obligación legal incondicional de exigir al responsable la adopción de las medidas de prevención, evitación y reparación, tal y como establecen los artículos 5.4 y 6.3 de la DRM.
- 7) Por lo que respecta a los daños al suelo, la *USchadG* se aplica a los impactos sobre las funciones del suelo definidas en el artículo 2.2 de la Ley Federal de protección del suelo (*BBodSchG*), cuando provoquen riesgos para la salud humana, sin exigir, a diferencia de la LRM [art. 2.1.d)], que dichos riesgos sean significativos.

En definitiva, las diferencias ponen de manifiesto cómo, en principio, el nivel protección de los recursos naturales que establece la LRM es mayor que el de la *USchadG*, respecto de la responsabilidad por culpa, la exigencia de las medidas de prevención y evitación en todo caso, o el catálogo de recursos naturales que protege (en relación con las especies y hábitats y la ribera del mar y de las rías), además de contar con un régimen de garantías financieras obligatorias. Es cierto que las regulaciones específicas alemanas amplían la protección respecto de la *USchadG*, pero parecen seguir quedando por debajo del nivel de protección de la LRM, salvo en el caso de los suelos, donde el nivel de protección que reciben los suelos por la *USchadG* y la *BBodSchG* es mayor, al no exigir que se supere un «umbral de significatividad».

VI. CONCLUSIONES

Con la *USchadG*, el legislador alemán ha incorporado al ordenamiento jurídico las disposiciones de la DRM. Ahora bien, la transposición que ha llevado a cabo no realiza una regulación más amplia, por lo que la norma contiene numerosos conceptos jurídicos indeterminados y carece de los medios técnicos para la determinación del daño ambiental o para fijar las medidas de reparación necesarias (154). Esto explica que la Comisión Europea no

(154) En este sentido, concluye REHBINDER (2007a: p. 117) que «la aplicación alemana de la Directiva sobre responsabilidad medioambiental se caracteriza por una actitud muy restrictiva. Alemania ha utilizado el concepto de transposición “uno por uno”, en el que se

mencione a Alemania en su informe de 2010 (155) como uno de los Estados miembros avanzados en la elaboración de directrices para las evaluaciones técnicas y económicas (como Bélgica, Dinamarca, Francia, Hungría, Países Bajos, España y Reino Unido), en desarrollos normativos (como España, Hungría, Chequia, Letonia y Polonia) ni en los métodos y procedimientos para la evaluación del riesgo (como España, Portugal o Italia) (156). Ahora bien, en cuanto a la aplicación del régimen, como refleja otro informe posterior de 2016 (157), Alemania ha sido el tercer Estado miembro que más casos de aplicación de la Directiva de Responsabilidad ha comunicado a la Comisión, con un total de 60, seguida de Grecia, Italia, Letonia, España y el Reino Unido.

Además, la *USchadG* se configura como una norma supletoria, por lo que se aplica únicamente cuando el nivel de protección del resto de normas del ordenamiento ambiental alemán sea menor. En consecuencia, ésta contiene numerosas remisiones y referencias a otras leyes, de forma que, por ejemplo, los criterios de reparación que establece el Anexo II de la DRM no están incluidos, ni tan siquiera mencionados directamente en la *USchadG*, y las definiciones de conceptos tan importantes como son los daños a los distintos recursos naturales se encuentran en otras normas, lo que puede provocar dificultades para comprender el régimen. Así, la complejidad del artículo 1 de la *USchadG* respecto de la subsidiariedad en la aplicación de norma, sobre si las disposiciones de la *USchadG* o de las regulaciones específicas son aplicables, debe abrumar tanto a los ciudadanos comunes como a los operadores económicos.

Ahora bien, lo cierto es que el nivel de protección que establecen las leyes específicas, es decir, la Ley Federal de Conservación de la Naturaleza (*BNatSchG*), la Ley Federal de los Recursos Hídricos (*WHG*), y Ley Federal de

limita a transponer casi literalmente las disposiciones de la Directiva a la legislación nacional sin recurrir a las facultades previstas en el artículo 16, apartado 1, de la norma comunitaria para adoptar una normativa más estricta. En los supuestos en que Alemania se ha desviado de la transposición "uno por uno", es dudosa la conformidad de las disposiciones pertinentes con la Directiva. Sin embargo, para hacer justicia a la aplicación de la Directiva por parte de Alemania, debe subrayarse también que la Directiva es producto de un compromiso entre el Consejo y el Parlamento y, por tanto, contiene a menudo un texto cuya interpretación es cuestionable».

(155) Informe de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones de conformidad con el artículo 14, apartado 2, de la Directiva 2004/35/CE, sobre responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños medioambientales. Bruselas, de 12 de octubre de 2010, COM (2010) 581 final, p. 7.

(156) KNOPP y PIROCH (2013: p. 28).

(157) «Informe de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo en el marco del artículo 18, apartado 2, de la Directiva 2004/35/CE, sobre responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños medioambientales», Bruselas, 14.4.2016, COM (2016) 204 final, p. 3.

protección del suelo (*BBodSchG*), se corresponde con el exigido por la DRM, e incluso en algunos casos es superior, por ejemplo, la protección que recibe el suelo es mayor. Al configurar el legislador Alemán la *USchadG* como «la Ley general» o ley base de responsabilidad por daños al medio ambiente, mientras que las leyes de protección del agua, suelo y naturaleza (especies y hábitats) actúan como piezas específicas de la *USchadG*, para determinar la responsabilidad se acudirá en primer lugar a las regulaciones específicas y sólo cuando de estas no se derive ninguna obligación para el responsable, se aplicará la *USchadG* a fin de atribuir responsabilidades, quedando esta norma en muchos casos en un segundo plano. No obstante, como ventaja, la integración de la *USchadG* con la normativa sectorial es mayor que en España, de forma que desde que aprobó la Ley Federal de Responsabilidad en 2007 queda claro que los daños a los recursos naturales han de repararse con arreglo a las directrices que establece la DRM, ya que varias se incorporaron directamente en las leyes específicas, lo que puede favorecer la aplicación del régimen.

Por otro lado, la *USchadG* carece de un sistema de garantías financieras obligatorias, de hecho, ni tan siquiera las menciona o las presenta como una opción del responsable, ni tampoco prevé la creación de fondos de garantía de insolvencia como nuestro Fondo Estatal de Reparación de Daños Medioambientales o el Fondo de Compensación de Daños Medioambientales. No obstante, a pesar de no existir la obligación legal de su implantación, el seguro de responsabilidad medioambiental *USV* desarrollado por la *GDV*, ha demostrado ser un modelo exitoso desde su introducción, aunque la llamada a pedir una cobertura más amplia de los riesgos es comprensible. Por supuesto, la experiencia adquirida por las aseguradoras en el tratamiento de los daños ambientales les permitirá avanzar en la optimización de su asegurabilidad, sobre todo en relación con los llamados riesgos normales de funcionamiento, anteriormente excluidos de las pólizas en todo caso. Al igual que el modelo de SRM del PERM el *USV* presenta una estructura modular, ofreciendo varios rangos de cobertura en función de las necesidades del operador. No obstante, no contempla un módulo para la cobertura de los daños tradicionales, de forma que la responsabilidad civil por contaminación se ha de garantizar mediante otro tipo de seguros como el *UHV*, ya implantado en Alemania desde la *UmweltHG*. La principal ventaja del modelo alemán de seguro es que desde 2013 ya no se ofrece de forma aislada, sino que está integrado en el seguro de responsabilidad empresarial, sobre la base de que la suscripción de un seguro por daños ambientales para los sectores relevantes de la industria es indispensable, aunque se siga configurando como voluntario, potenciándose de este modo su adopción.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- ARMBRÜSTER, Christian y SCHREIER, Vincent (2016): «Aktuelle Rechtsfragen der Umweltschadensversicherung», en *Zeitschrift für die gesamte Versicherungswissenschaft (ZVersWiss)*, vol. 105, pp. 3-35.
- AVIÑO BELENGUER, David (2015): «El seguro de responsabilidad civil por contaminación. Análisis de la póliza del Pool Español de Riesgos Medioambientales» en *Práctica de Derecho de Daños*, núm. 123, pp. 6-17.
- Becker, Bernd (2007): *Das neue Umweltschadengesetz*, Múnich, C.H.Beck, 211 pp.
- COSACK, Tilman y ENDERS, Rainald (2008): «Das Umweltschadengesetz im System des Umweltrechts» en *Das Deutsche Verwaltungsblatt (DVBl)*, núm. 7, pp. 405-416.
- BECKMANN, Martin y WITTMANN, Antje (2016): «Gesetz über die Vermeidung und Sanierung von Umweltschäden» en LANDMANN, Robert y ROHMER, Gustav, *Umweltrecht*, Tomo IV, Múnich, C.H. BECK.
- DELGADO DEL SAZ, Silvia (2012): «La influencia del convenio de Aarhus en el sistema de tutela contencioso-administrativa del Derecho alemán. Comentario a la jurisprudencia reciente del Tribunal de Justicia de la Unión europea sobre el acceso a la justicia de las ONG ambientales, asuntos *Trianel* (C-115/09) y *Oso pardo* (C-240/09)», en *Revista de Administración Pública*, núm. 188, pp. 315-336.
- DIEDERICHSEN, Lars (2007): «Grundfragen zum neuen Umweltschadengesetz», en *Die Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*, vol. 60, núm. 47, pp. 3377-3382.
- DÍEZ SÁNCHEZ, Juan J. (2010): «La justicia administrativa en Europa (anotaciones en torno a su evolución hacia un sistema de plena jurisdicción y sobre otros retos actuales)» en esta REVISTA, núm. 36, pp. 53-82.
- ERBGUTH, Wilfried y SCHLACKE, Sabine (2016): *Umweltrecht*, 6ª ed., Rostock/Münster (Baden-Baden), Nomos, 534 pp.
- ESTEVE PARDO, José, *La Ley de responsabilidad Medioambiental. Comentario sistemático*, Madrid, Marcial Pons, 2008, 181 pp.
- GARCÍA AMEZ, Javier (2015), *Responsabilidad por daños al medio ambiente*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters Aranzadi, 476 pp.
- GARCÍA ROCASALVA, Carles (2018), *La responsabilidad medioambiental. En atención a la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental*, Barcelona, Atelier, 388 pp.
- GASSNER, Erich y SCHEMEL, Hans-J. (2008): *Umweltschadengesetz*, 3ª ed., Frankfurt-Kommunal-und Schul-Verlag, 162 pp.

- GONZÁLEZ HERNÁNDEZ, Rut (2012): «La responsabilidad civil por daños al medio ambiente» en *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, núm. XLV, pp. 177-192.
- GUERRERO ZAPLANA, José (2010): *La responsabilidad medioambiental en España*, Madrid, La Ley, 464 pp.
- HERAS HERRÁIZ, José L. (2013): «El pool español de riesgos medioambientales. Naturaleza y funcionamiento: la tarea de calcular los riesgos medioambientales», en *Actuarios*, núm. 33, pp. 19-22.
- JORDANO FRAGA, Jesús (2001): «La aplicación del Derecho ambiental de la Unión Europea en España: perspectivas de evolución y desafíos del *ius commune* ambiental europeo», en *Medio ambiente & Derecho*, revista electrónica de derecho ambiental, núm. 6, 2001, 22 pp.
- KAHL, Wolfgang (2010): «La Administración en el Estado de Derecho de Alemania: entre la tradición y el cambio», en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 10, pp. 68-77.
- KLOEPFER, Michael (2011): *Umweltschutzrecht*, 2ª ed., Múnich, Verlag C.H. Beck, 566 pp.
- KNOPP, Lothar; WIEGLEB, Gerhard y PIROCH, Ingmar (2008): «Die (neue) Haftung für Schäden an der Biodiversität», en *Natur und Recht (NuR)*, vol. 30, pp. 745-754.
- KNOPP, Lothar y PIROCH, Ingmar (2013): «Die EU-Umwelthaftungsrichtlinie in der mitgliedstaatlichen Praxis, erste Erfahrungen, unterschiedliche Bedeutung und Folgeprobleme einer „bloßen« Rahmenrichtlinie», en *Natur und Recht (NuR)*, núm. 35, pp. 25-28.
- LOZANO CUTANDA, Blanca (2008) *Comentarios a la Ley de Responsabilidad Medioambiental, Ley 26/2007, de 23 de octubre*, Cizur Menor (Navarra), Thomson-Civitas, 2008, 554 pp.
- LOZANO CUTANDA, Blanca y POVEDA GÓMEZ, Pedro (2014): «Ley 11/2014, de 3 de julio, de modificación de la Ley 26/2007, de Responsabilidad Medioambiental: análisis de sus novedades», en *Gómez-Acebo & Pombo*, núm. julio 2014, 4 pp.
- PALOMAR OLMEDA, Alberto, TEROL GÓMEZ, Ramón y VÁZQUEZ GARRANZO, Javier (2015): *Constitución Española*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters Aranzadi, 944 pp.
- REHBINDER, Eckard (2004): «A German source of inspiration? Locus standi and remediation duties under the Soil Protection Act, the Environmental Liability Act and the draft Environmental Code», en *Environmental Law Review*, núm. 6, pp. 4-20.
- (2007a): «Implementation of the Environmental Liability Directive in Germany», en *Environmental Liability*, vol. 15(5), pp. 107-117.

- (2007b): «Environmental Justice in Germany: Legal Aspects of Spatial Distribution of Environmental Quality», en *Environmental Policy and Law*, núm. 37, pp. 177-185.
 - (2007c): «Koexistenz und Haftung im Gentechnikrecht in rechtsvergleichender Sicht», en *Natur und Recht*, núm. 29, pp. 115-122.
 - (2011): «Judgement on German Implementation of the Aarhus Convention», en *Environmental Policy and Law*, núm. 41, pp. 144-149.
 - (2012): «Die Aarhus-Rechtsprechung des europäischen Gerichtshofs und die Verbandsklage gegen Rechtsakte der Europäischen Union», en *Zeitschrift für Europäisches Umwelt und Planungsrecht*, vol. 10, núm. 1, pp. 23-31.
 - (2014): «Country report: Germany», en *IUCN Academy of environmental law e journal*, ISSUE 5, 2014, pp. 185-190.
- SCHMIDT, Reiner y KAHL, Wolfgang (2014): *Umweltrecht*, 9ª ed., Múnich, C.H. Beck, 627 pp.
- SORO MATEO, Blanca (2009): «Consideraciones críticas sobre el ámbito de aplicación de la Ley de Responsabilidad Medioambiental», en esta REVISTA, núm. 35, pp. 185-224.
- TEJEDOR MUÑOZ, Lourdes (2004): «Apuntes en torno a la responsabilidad civil por daños al medio ambiente», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 708, 2004, pp. 1825-1833.
- VALENCIA MARTÍN, Germán (2010): «La responsabilidad medioambiental», en *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 25, 62 pp.
- (2016): «Fracking: propuesta de regulación ambientalmente sostenible», en VALENCIA MARTÍN, Germán y ROSA MORENO, Juan (Coords.), *Derecho y Fracking*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters Aranzadi, pp. 81-230.
- WAGNER, Gerhard (2008), «Das neue Umweltschadengesetz», en *Versicherungsrecht (VersR)*, núm. 13, pp. 565-580.

BIBLIOGRAFÍA

Ángela María AMAYA ARIAS, *El principio de no regresión en el Derecho Ambiental*, prólogo de Antonio EMBID IRUJO, Madrid, Iustel, 2016, 517 pp.

La autora, docente investigadora en la Universidad Externado, publica su tesis doctoral defendida en la Universidad de Zaragoza sobre el principio de no regresión ambiental en los ordenamientos colombiano y español. Se trata de una obra que mereció las máximas calificaciones académicas e incluso el premio Prats Canut (de la Universidad Rovira i Virgili de Tarragona y la Diputación de Barcelona) a la mejor tesis de Derecho Ambiental del año 2015. Está bien escrita, correctamente presentada y ordenada, con sus conclusiones originales, una completa bibliografía y una lista de jurisprudencia.

A mi juicio, es una buena tesis doctoral que, sin embargo, no debería haberse publicado íntegramente. En la memoria académica, cabe justificar o disculpar la amplia inclusión de materiales recopilatorios ajenos o colaterales al tema de la investigación, a fin de que el tribunal disponga de todos los elementos que contribuyen a sostener la tesis y cuyo conocimiento puede entenderse que permite emitir un juicio fundado sobre la calidad del trabajo. En cambio, en la monografía publicada, esos aspectos no interesan, naturalmente salvo en el caso de que las correspondientes teorías generales hubieran resultado afectadas como consecuencia del nuevo tratamiento, supuesto que no concurre aquí.

En efecto, la autora dedica íntegramente dos capítulos de la obra a acumular los resúmenes de las lecturas que ha debido hacer sobre los principios generales del Derecho y sobre el concepto de no regresión en los derechos sociales. No hay en ellos ninguna aportación original, ni siquiera un tratamiento interesante, sino más bien una acumulación de citas que resulta agobiante. La crítica puede extenderse a los restantes capítulos, donde abundan los tratamientos detallados sobre cuestiones marginales para el estudio, como el alcance de las cláusulas de rigidez constitucional o de los estados excepcionales. En general, prima la descripción, particularmente tediosa en las transcripciones jurisprudenciales, sobre la construcción conceptual.

Lo sorprendente es que todo ese aparato está dispuesto innecesariamente, pues, en verdad, la obra contiene una interesante tesis sobre el principio de no regresión ambiental. Es de lamentar que la autora no se haya decidido a prescindir de tantos elementos que ha debido manejar para configurar su propuesta. Ciertamente toda elaboración intelectual experimenta idas y venidas, atisbos y chispas, concurriendo informaciones y reflexiones hasta llegar a unas conclusiones. Pero ese proceso, que tanto cuesta recorrer y que en el ámbito

BIBLIOGRAFÍA

jurídico normalmente se hace escribiendo, no es el objeto de la publicación que, en realidad, debiera siempre reescribirse a partir de las conclusiones obtenidas.

Junto a los elementos innecesarios, en la obra podemos encontrar: *a)* un relato del surgimiento del principio de regresión ambiental, especialmente a partir de los trabajos liderados por el prof. M. Prieur desde la Universidad de Limoges; *b)* una exposición de los fundamentos empleados en apoyo del principio, desde el carácter finalista del Derecho Ambiental, vinculado a la obtención de resultados protectores, hasta la configuración de excepciones al principio de mutabilidad de las leyes, la progresividad característica del régimen de los derechos humanos y la inclusión de las generaciones futuras como destinatarias de la tutela ambiental; *c)* una propuesta sobre el contenido esencial del derecho al medio ambiente que permitiría configurar los límites de la prohibición de regresividad; *d)* un análisis de las pautas determinantes del campo de aplicación del principio, es decir, de los criterios determinantes del carácter regresivo de unas concretas medidas que inciden sobre el nivel de protección ambiental; y *e)* unas aplicaciones del principio de no regresión en la protección de espacios naturales, el urbanismo, la calidad de las aguas y las evaluaciones ambientales.

Esos son los aspectos que interesan verdaderamente en esta obra y sobre los que cabe esperar que la autora, buena conocedora de la materia, termine ofreciendo un buen artículo de síntesis.

Fernando LÓPEZ RAMÓN

M^o Elvira ROCA BAREA, *Imperiofobia y leyenda negra. Roma, Rusia, Estados Unidos y el Imperio Español*, prólogo de Arcadi ESPADA, Madrid, Siruela, 2016, 481 pp. (varias ediciones).

1) La autora (El Borge, Málaga, 1966) es profesora de Lengua y Literatura en el IES *Huerta Alta* de Alhaurín de la Torre (Málaga). Doctora en Filología por la Universidad de Málaga (1), ha publicado variados estudios filológicos e históricos, centrándose particularmente en la Antigüedad y la Edad Media (2). En esta obra, sin embargo, se ocupa de la formación y desarrollo, entre los siglos XV y XIX, de la *Leyenda Negra* que demoniza a España y la Hispanidad. El estudio va precedido de la identificación de la *imperiofobia* como marco conceptual extraído de la historia mundial donde cabe situar las diversas leyendas negras de los imperios.

El volumen resulta, en verdad, de lectura apasionante por el estilo ágil y desenfadado de la autora, pero también y sobre todo, por su contenido, encaminado a poner de relieve el carácter racista y xenófobo que puede adoptar el odio a las instituciones imperiales.

2) La teoría general de la *imperiofobia* ocupa la primera parte del libro, que la autora construye con datos extraídos de las experiencias de Roma, Rusia y Estados Unidos, siempre con el trasfondo del caso español. Probablemente el dato básico de esas trayectorias, tan diversas en sus características y métodos, sea la configuración de amplios espacios geográficos aptos para los intercambios sociales, culturales y económicos. En paralelo, los imperios, además de sentimientos populares de rechazo, pueden implicar la hostilidad activa de los antiguos grupos nacionales dominantes, que se consideran perjudicados por el ostracismo político, la integración económica o la asimilación cultural. Allí donde esa hostilidad va acompañada de obsesiones de superioridad, la *imperiofobia* se manifiesta agudamente, como sucede en los procesos de denostación de Roma por la cultura helenística, de Rusia por los ilustrados francófonos o de Estados Unidos por la intelectualidad europea.

Elementos comunes en esos procesos son, según la autora: a) la aplicación de la *teoría del imperio inconsciente*, que sirve para explicar la posición del Estado dominante como un accidente, algo derivado de la casualidad más que

(1) Elvira ROCA BAREA, *Edición crítica y estudio del arte predicatorio «Ad noticiam artis predicandi»*, tesis, Universidad de Málaga, 1997.

(2) Cabe destacar: Elvira ROCA BAREA (ed.), *Tratado militar de Frontino. Humanismo y caballería en el cuatrocientos castellano*, Madrid, CSIC, 2010.

de los méritos o las capacidades de la nación beneficiaria; *b)* la justificación de esa inferioridad en un conjunto de vicios de los nacionales del Estado imperial, que suelen incluir avaricia, barbarie, incultura, depravación sexual, intolerancia e impiedad; y *c)* la explicación de tales vicios como resultado de la mezcla de razas (*sangres malas y bajas*), elemento que alcanzará su cénit bajo las doctrinas supuestamente científicas de la superioridad racial nórdica.

3) El resto del libro, tanto por volumen como por profundidad, se dedica al examen del origen y evolución de la hispanofobia hasta formar la *Leyenda Negra* por antonomasia, la que no hay que apellidar, pues cualquiera sabe que es la española.

La leyenda se forjó en torno al imperio de los Austrias mayores. El emperador Carlos y su hijo el rey Felipe II fueron objeto de ataques virulentos especialmente por parte de las élites italianas, alemanas, holandesas e inglesas. En todos los casos la propaganda fue notablemente amplificada por el uso de la imprenta. No obstante, cada uno de los componentes citados tiene sus propias características como bien pone de relieve la autora. Finalmente, la leyenda adquirirá sus perfiles definitivos, como parte de la misma cultura europea, de la mano de la Ilustración francesa, configurando una potente idea que será empleada en la cultura americana para proporcionar justificaciones del fracaso de las repúblicas criollas en la América hispana y de la necesidad del imperialismo estadounidense en la América anglófona.

Son muchos los datos manejados por la autora, que realiza un impresionante esfuerzo de síntesis por ofrecer los más relevantes. En la obra se va exponiendo la superposición de interpretaciones interesadas, de manipulaciones sobre los hechos, de silencios llamativos y de falsedades e insultos de todo tipo que han terminado por forjar la *Leyenda Negra*.

Se trata de un mito tan poderoso que una parte significativa de la intelectualidad española ha terminado por asumirlo o por negarlo, con el común efecto de normalizar su empleo. Quienes asumen la leyenda parecen buscar una suerte de exención de responsabilidad por el declive del imperio español, cuyo desastre estaría marcado desde la misma infamia de su nacimiento. Pero también quienes actualmente niegan la persistencia de la leyenda parecen asumir los vicios atribuidos al imperio español, entendiéndolos como simple realidad histórica.

Ninguno de esos planteamientos puede ya sostenerse sin reflexionar sobre la crítica histórica llevada a cabo por nuestra autora. A continuación, voy a tratar de seleccionar algunos elementos que me han parecido esenciales de esta importante obra.

4) Los primeros pasos en la formación de la leyenda se dieron en las ciudades de la península itálica durante el Renacimiento. Diversos escritores se resarcían del dominio hispánico atribuyendo impureza de sangre a los invaso-

res —mezcla de godos, judíos y moros— y, en consecuencia, achacándoles los vicios propios de la degeneración: avaricia, traición, concupiscencia, ira, cobardía.

El *sacco di Roma* (1527) sirvió para alimentar la leyenda. Sin embargo, aun siendo indudable la tragedia del mismo saqueo, éste resultaba similar a otros padecidos por ciudades italianas en la época. Sólo la patente hispanofobia parece explicar el preferente uso antiespañol del episodio, dado que el ejército imperial estaba integrado mayoritariamente por alemanes, junto con italianos y españoles, y era mandado por el francés duque de Borbón.

En contraste con los abiertos sentimientos de odio que la administración imperial suscitaba en las clases dominantes, la autora sostiene que dicha administración proporcionó mejores condiciones de seguridad para el desarrollo económico, social y cultural. Así lo sugieren los datos sobre incremento demográfico, aumento de las obras públicas o evolución de la agricultura, la industria y el comercio.

La idea imperial de los Habsburgo favorecía los intercambios de todo tipo en beneficio de amplias porciones de la población. No se produjo ningún tipo de asimilación cultural ni legislativa, ya que el imperio se basaba en la fuerza de múltiples nacionalidades que conservaron lengua, leyes y usos. En cambio, la introducción de un sistema imperial de justicia al margen de la condición noble o plebeya del acusado ha de considerarse un notable avance.

Aquí la reacción española se dio más bien en clave de humor y desenfado. Como pone de relieve la autora, en la obra de Lope de Vega es frecuente el aventurero español arrogante y seductor que, tras ser menospreciado por personajes italianos, termina haciendo honor a su bravuconería y fascinando a las damas. Se ridiculizaban, así, los estereotipos desde la plena seguridad de que carecían de fundamento.

En realidad, según destaca la misma autora, la relación ítalo-española podría caracterizarse como una mezcla de amor y odio. En ese contexto, la ridiculización de lo español no ha llevado nunca a su demonización, de manera que la relación ha terminado por parecerse más a las chanzas de vecinos que a los enfrentamientos entre enemigos. La común defensa del catolicismo durante siglos permitiría explicar la situación.

5) La *Leyenda Negra* se fortaleció en el centro de Europa cuando las nuevas iglesias nacionales surgidas en la *Reforma Protestante* llegaron a ofrecer argumentos auténticamente racistas para sostener sus propias identidades. Ello supuso un viraje radical con respecto a las primeras manifestaciones de las corrientes humanistas. En efecto, el erasmismo había apoyado abiertamente el proyecto del emperador Carlos, esa Europa unida no en una monarquía universal, sino bajo una supremacía política y espiritual derivada de la confluencia de las voluntades nacionales integradas en un común cuerpo místico.

Sin embargo, el auge de los planteamientos nacionalistas daría al traste con el diseño de la *Universitas Christiana*.

La nueva tecnología de las imprentas se puso al servicio de estas causas en diversos territorios de Alemania, Suiza y los Países Bajos, lanzándose un aluvión de textos, incluidos libelos de mal gusto, contra los perversos sostenedores del imperio católico, es decir, contra los españoles. Particularmente eficaces para transmitir la imagen de barbarie resultaron los grabados, que permitían ofrecer escenas de crueldad, intolerancia y fanatismo. Las acusaciones aberrantes y xenófobas pudieron llegar, en el mismo Lutero, a inventar la alianza imperial turco-hispana o a caracterizar a los españoles de *sodomitas y violadores*.

En los Países Bajos, la guerra civil desencadenada por las oligarquías locales contra los planes imperiales se apoyó particularmente en la difusión de mensajes que denunciaban la supuesta opresión económica y política ejercida por los españoles. La lucha contra la tiranía fue el lema de todo el movimiento orangista, que llegó a identificar a Felipe II con el *anticristo* y al duque de Alba con un *engendro sanguinario*, de manera que *español* y *demonio* pasaron a ser sinónimos. Todavía hoy el himno holandés proclama: *Mi alma se atormenta, pueblo noble y fiel, viendo cómo te afrenta el español cruel*.

La *Leyenda Negra* se consolidó en Inglaterra, donde el arquetipo del español malvado, traidor, falso y fanático forma parte de los lugares comunes del pensamiento y la educación. Los predicadores de la nueva fe anglicana divulgaron tenazmente esos mensajes, que resultaron potenciados por los enfrentamientos bélicos. El enemigo español era *Satanás*.

Finalmente, todos los elementos anteriores fueron potenciados por la Ilustración francesa, que alumbró una visión *civilizada* de la barbarie española. Ya no fueron el demonio ni la mezcla de razas, sino el atraso, la ignorancia y la incultura los ingredientes que pasaron a caracterizar la trayectoria de nuestro país.

6) Los argumentos más potentes de la *Leyenda Negra* son los referidos a la Inquisición y a la América hispana. La autora muestra la confluencia en ellos de dos visiones que, en paralelo, siguen contribuyendo al sostenimiento de la misma leyenda: de una parte, el planteamiento consistente en resaltar los aspectos que se consideran negativos de nuestra historia, obviando el contexto en el que se produjeron, especialmente el ofrecido por las actuaciones de otras naciones europeas; y de otra parte, la óptica que silencia o soslaya las actuaciones que cabría considerar positivas en relación con esos procesos históricos.

Sobre la Inquisición española, la autora proporciona datos que limitan el impacto real de la institución a determinados periodos y fenómenos, con resultados que no son diferentes de los obtenidos en otras experiencias europeas. Las difundidas ideas acerca del control ideológico y la falta de libertad de expresión como una característica derivada de la actuación inquisitorial no

parecen resistir la comparación con la fertilidad intelectual del *Siglo de Oro* ni mucho menos con la persecución y segregación multiseccular de los católicos en Inglaterra, Alemania y Holanda hasta el mismo siglo XX. La autora advierte también de los aspectos positivos que, en perspectiva histórica, ofrecería la limitada persecución española de la brujería o la regulación detallada de los procedimientos inquisitoriales y su documentación fehaciente, todo ello en contraste con diversas experiencias extranjeras.

En cuanto a la actuación española en América, se caracteriza por la autora como la formación de un imperio integrador, según demuestra la impresionante red de ciudades, caminos, iglesias, hospitales, escuelas y universidades. No todo fueron matanzas y destrucciones: junto al conquistador sanguinario, habrían, así, de situarse las figuras del explorador, del misionero, del poblador, del naturalista, del funcionario real, del juez o del legislador. En todo caso, la comparación con las experiencias coloniales de otros países europeos no permite sostener la leyenda que viene afectando al imperio español de América.

En ningún caso creo que estos planteamientos deban dar lugar a ninguna *leyenda áurea* del pasado español. El objetivo de la obra no es ensalzar nuestra trayectoria histórica, sino probar que la *Leyenda Negra* sobre la misma existe, no sólo como manifestación de la *imperfobia* que también se observa en relación con otras experiencias imperiales, sino con la particular fuerza que le brinda la *hispanofobia*.

Fernando LÓPEZ RAMÓN

