



Revista Aragonesa
de
Administración Pública

45-46
2015

REVISTA ARAGONESA
DE
ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

45-46

Año 2015

REGLAS SOBRE EL ENVÍO DE ORIGINALES

1. Enviar los originales impresos y en documento de Word por correo electrónico (flopez@unizar.es).
2. Los epígrafes que subdividan la exposición responderán a la siguiente secuencia: **I. SUBDIVISIONES PRINCIPALES: 1. Subdivisiones intermedias: A) Subdivisiones finales**. Sólo excepcionalmente se empleará una mayor variedad de subdivisiones.
3. 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.
4. Los trabajos han de incorporar la **BIBLIOGRAFÍA** citada al final de los mismos, ordenada alfabéticamente conforme a los siguientes modelos (libro, artículo de revista, 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», en *Revista de Administración Pública*, núm. 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.
5. Las citas en el texto y a pie de página se realizarán conforme al modelo: GARCÍA DE ENTERRÍA (2006: p. 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...
6. Los originales 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.
7. El original de los trabajos irá precedido de una página en la que se indique el nombre del autor o autores, NIF, número de cuenta corriente (20 dígitos), dirección postal, número de teléfono y dirección de correo electrónico.
8. La aceptación de la publicación de un trabajo en la Revista Aragonesa de Administración Pública conllevará la cesión de los derechos de autor a los exclusivos efectos de la inclusión de dicho trabajo en la Biblioteca Virtual de Derecho Público Aragonés (www.derechoaragones.es) si por la temática fuese susceptible de incluirse en ella.

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.

SUMARIO

RArAP núm. 45-46 (2015)

	Páginas
Consejo Asesor.....	6
Lista de colaboradores	7
ESTUDIOS	
J. JORDANO FRAGA: <i>El fracking en el estrado: recogiendo el guante arrojado por el Tribunal Constitucional a las Comunidades Autónomas</i>	9
M.J. GALLARDO CASTILLO: <i>Causalidad probabilística, incertidumbre causal y responsabilidad sanitaria: la doctrina de la pérdida de oportunidad</i>	35
J. CONDE ANTEQUERA: <i>La responsabilidad de la Administración por daños derivados de fenómenos naturales: especial referencia al riesgo de inundación</i>	67
N. GUILLÉN NAVARRO: <i>La vivienda de uso turístico y su incidencia en el panorama normativo español</i>	101
DEBATES	
F. VILLALBA PÉREZ: <i>Exportación de material de defensa a Gobiernos extranjeros</i> ..	146
A. CASARES MARCOS: <i>Responsabilidad social, transparencia y sostenibilidad del sistema universitario español</i>	170
C. AYMERICH CANO: <i>Corrupción y contratación pública: análisis de las nuevas Directivas europeas de contratos y concesiones públicas</i>	209
A. SALOM PARETS: <i>La Comisión de Investigación de Accidentes e Incidentes de la Aviación Civil</i>	240
I. ALIAGA MORENO: <i>La regulación de las concesiones de obras y servicios en las nuevas Directivas europeas. Visión crítica de la regulación en Navarra</i>	260
J.J. ALCÁNTARA REIFS: <i>La nueva Ley de Coordinación de Policías Locales de Aragón y la posibilidad de asociación de municipios para ejercer funciones de policía local</i>	312
F. GURREA BAYONA: <i>Organización y funcionamiento de la Cámara de Cuentas de Aragón</i>	343
CRÓNICAS	
J.M. ALEGRE ÁVILA: <i>Estampas jurídicas de la literatura</i>	373
J. ÁLVAREZ MARTÍNEZ: <i>La Ley de Presupuestos de Aragón para 2015: de nuevo sobre la senda de la contención del gasto público</i>	389

SUMARIO

BIBLIOGRAFÍA

- J. JORDANO, *El urbanismo de la crisis: la regularización de las edificaciones ilegales y el régimen de asimilación a fuera de ordenación*, 2015 (I. RUIZ OLMO) 409
- J. KOTKIN, *The city. A global history*, 2005 (F. LÓPEZ RAMÓN) 415
- C. MAGONI, *Fueros y libertades. El mito de la constitución aragonesa en la Europa moderna*, Zaragoza, 2012 (J.M. HERNÁNDEZ DE LA TORRE) 418

CONSEJO DE REDACCIÓN

Ignacio ZARAZAGA CHAMORRO
Director General de la Función Pública y Calidad de los Servicios, Gobierno de Aragón

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

Enrique GIMÉNEZ ALLUEVA
Director General de Relaciones Institucionales y Desarrollo Estatutario, Gobierno de Aragón

Blanca SOLÁNS GARCÍA
Directora General de Presupuestos, Financiación y Tesorería, Gobierno de Aragón

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

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

Ramón SALANOVA ALCALDE
Presidente del Consejo Consultivo de Aragón

Agustín GARNICA CRUZ
Director del Instituto Aragonés de Administración Pública

CONSEJO ASESOR

Antonio CAYÓN GALIARDO
Catedrático de Derecho Financiero y Tributario, Universidad Complutense de Madrid

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

LISTA DE COLABORADORES

ALCÁNTARA REIFS, Juan Jesús:
Policía Local, colaborador honorario
del área de Derecho Administrativo,
Universidad de Córdoba.

ALEGRE ÁVILA, Juan Manuel:
Catedrático de Derecho
Administrativo,
Universidad de Cantabria.

ALIAGA MORENO, Íñigo:
Abogado, Pamplona.

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

AYMERICH CANO, Carlos Ignacio:
Profesor Titular de
Derecho Administrativo,
Universidad de A Coruña.

CASARES MARCOS, Anabelén:
Profesora Titular de
Derecho Administrativo,
Universidad de León.

CONDE ANTEQUERA, Jesús:
Profesor Contratado Doctor de
Derecho Administrativo,
Universidad de Granada.

GALLARDO CASTILLO, María Jesús:
Catedrática de Derecho
Administrativo, Universidad de Jaén.

GUILLÉN NAVARRO, Nicolás Alejandro:
Profesor Contratado Doctor
(acreditado) de Derecho
Administrativo, Escuela de Turismo
Universitaria de Zaragoza.

GURREA BAYONA, Fernando:
Graduado en Derecho,
Universidad de Zaragoza.

HERNÁNDEZ DE LA TORRE Y GARCÍA,
José María: Administrador Civil
del Estado, integrado como
Administrador Superior en la
Comunidad Autónoma de Aragón.

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

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

RUIZ OLMO, Irene:
Becaria de Investigación de
Derecho Administrativo,
Universidad de Sevilla.

SALOM PARETS, Aina:
Profesora Contratada Doctora,
Universidad de las Islas Baleares.

VILLALBA PÉREZ, Francisca:
Catedrática (acreditada) de
Derecho Administrativo,
Universidad de Granada.

ESTUDIOS

EL FRACKING EN EL ESTRADO: RECOGIENDO EL GUANTE VERDE ARROJADO POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL A LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS (*)

JESÚS JORDANO FRAGA

SUMARIO I. EL IMPACTO DEL FRACKING EN EL MEDIO AMBIENTE Y EN LAS FUENTES ENERGÉTICAS.– II. LA LEGISLACIÓN ANTI-FRACKING: LA CUESTIÓN DEL FRACKING ANTE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: 1. La legislación anti-fracking en Europa y en la legislación autonómica. 2. El fracking ante el Tribunal Constitucional. La prohibición de la técnica de la fractura hidráulica (fracking) contradice el ejercicio de las competencias exclusivas del Estado sobre la ordenación del sector minero y energético (art. 149.1.25 CE): La prohibición absoluta e incondicionada de la técnica de la fractura hidráulica en todo el territorio una Comunidad, contradice de manera radical e insalvable la legislación básica estatal que la autoriza y somete a evaluación ambiental. 3. Status quaestionis del fracking en la legislación ambiental estatal y de la Comunidad Autónoma de Andalucía.– III. PERSPECTIVAS: RECOGIENDO EL GUANTE VERDE ARROJADO POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL A LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS.– IV. BIBLIOGRAFÍA ESPECÍFICA SOBRE EL FRACKING.

RESUMEN: Este estudio expone el estado actual de la cuestión de la fracturación hidráulica a la luz de la reciente jurisprudencia constitucional (SSTC 106/2014, de 24 de junio; 134/2014, de 22 de julio y la STC 208/2014, de 15 de diciembre). Explorando las posibilidades existentes a la luz del Derecho europeo y de los Estados Unidos se proponen medidas que aseguren la adaptación de las exigencias ambientales de esta industria.

Palabras clave: fracturación hidráulica; distribución de competencias; derecho ambiental; desarrollo sostenible.

ABSTRACT: This study exposes the current state of affairs of the hydraulic fracturing in light of the recent constitutional jurisprudence (SSTC 106/2014, of June 24; 134/2014 of 22 July and the STC 208/2014, of December 15). Exploring the possibilities in the

(*) Trabajo recibido en esta REVISTA el 10 de junio de 2015 y evaluado favorablemente para su publicación el 8 de julio de 2015.

(1) Estudio realizado en el marco del Proyecto de excelencia Recursos Naturales y Energía, DER2013-48329-C2-1-P en el marco del Plan Estatal 2013-2016 financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad.

light of European law and US measures to ensure the adaptation of the environmental requirements of this industry are proposed

Key words: hydraulic fracturing; distribution of powers; environmental law; sustainable development.

I. EL IMPACTO DEL FRACKING EN EL MEDIO AMBIENTE Y EN LAS FUENTES ENERGÉTICAS

El *fracking* —fracturación hidráulica o estimulación hidráulica— constituye una técnica o método que realiza fracturas artificiales en la roca madre que permiten migrar para su posterior explotación el petróleo o el gas mediante la inyección a alta presión de agua, arena y sustancias químicas (*coalbed methane*, gas metano del carbón o metano del lecho de carbón, *shale gas* —gas pizarra o de esquisto—; gas hidrato —en el *permafrost*—; *tight gas* —gas en roca impermeable y piedra caliza no porosa o formaciones de arenisca—. Esta técnica se usa desde los años 40 en Texas, si bien a partir de 1990 ha alterado el mercado convirtiendo en exportador a Estados Unidos (2). El *fracking* conlleva una alta polémica porque a él se le asocian importantes efectos ambientales adversos: 1) el consumo de agua estimado de entre 9.000 m³ y 20.000 m³ por pozo. El volumen del agua de retorno («flowback») recuperado puede variar entre el 25% y el 75% del agua inyectada; 2) la posible contaminación de acuíferos por la infiltración de los elementos químicos usados en la fractura 2-0,5% de productos químicos, tales como bactericidas, reductores de fricción, espesantes o por los propios hidrocarburos objeto de explotación. Particularmente problemáticos son los disruptores endocrinos, conocidos por su capacidad de causar anomalías latentes en niveles infinitesimalmente pequeños de exposición. 3) La posibilidad de derrames, fugas y vertidos ilegales; 4) la liberación de elementos radiactivos presentes en la roca fracturada como el gas Radón o Radio 226 que determinan la necesidad de control y posible radiactividad de las aguas de retorno; 5) la producción de microterremotos; 6) el ruido generado por las operaciones y el incremento de tráfico en las zonas de explotación incluido el trasiego de productos químicos necesarios; 7) la liberación no intencional de metano estimada entre un 4 y 8%; emisiones de polvo (3) y compuestos orgánicos volátiles junto con sustancias tóxicas del aire [sic], tales como benceno, etilbenceno y h-hexano (4). Pero a favor se usan también argumentos de peso —en especial en un escenario de crisis con más

(2) DANIEL TAILLANT, ROELOFFS & HEADEN (2013, pp. 16-23).

(3) Describiendo estos efectos adversos véanse HEINBERG (2015: pp. 63-84); DANIEL TAILLANT, ROELOFFS & HEADEN (2013: pp. 30-47); ÚBEDA ARÉVALO (2013: pp. 181-187).

(4) ESPÓSITO (2013: p. 174).

de un 25% de personas en situación de desempleo: 1) la generación de puestos de trabajo directos e indirectos; 2) el incremento potencial del PIB— con una estimación en el caso de España de entre 33.000 millones y 44.000 millones de euros; 3) razones estratégicas de independencia en el abastecimiento energético frente a la dependencia de zonas inestables políticamente (oriente medio, Magreb, Rusia), se trata de reducir el enorme coste que supone para los Estados la factura energética nacional —en España se importa el 99%— y generar un impacto positivo en la seguridad de su abastecimiento.

La ENERGY INFORMATION ADMINISTRATION estima las reservas recuperables españolas en 8,4 tpc —trillones de pies cúbicos (en español billones) de gas de esquisto y 0,1 billones de barriles de petróleo de esquisto (en español 100 millones). España podría albergar recursos de gas equivalentes a casi 70 años de consumo actual, al contar con unos recursos prospectivos potenciales de gas de 2.500 bcm (2500 millones de metros cúbicos), y que de ser explotados mediante «fracking» podrían permitir al país reducir su factura energética en 13.000 millones de euros al año (a precios actuales), así como recortar su alta dependencia del exterior en términos de energía (5). Según el informe «*Gas no convencional en España, Una oportunidad de futuro*», del Consejo Superior de Colegios de Ingenieros de Minas, se cifran en 41.000 Mm³ —millones de metros cúbicos— el Inventario de metano en capa de carbón (CBM) (Fuente: IGME, 2004). Según estimaciones más recientes, sólo en el País Vasco hay reservas para cinco años del consumo de España o 60 del País Vasco —180 BCM (cada BCM son mil millones de metros cúbicos)— de gas no convencional (6). El informe del Consejo Superior de Colegios de Ingenieros de Minas señala que las cuencas carboníferas asturianas son las que presentan un mayor potencial y las principales áreas prospectivas se localizan en las cuencas Vasco-Cantábrica, Pirenaica, Ebro, Guadalquivir y Bética. Los potenciales objetivos identificados y sobre los cuales se está comenzando a desarrollar trabajos de investigación, se sitúan en edades del Paleógeno, del Cretácico superior e inferior (tal es el caso de la formación Valmaseda del País Vasco-Burgos), del Lías-Jurásico (como las margas toarcienses de Ayoluengo) y del Westfaliense-Estefaniense del Carbonífero (como son las formaciones Barcaliente y Fresnedo en la cuenca cantábrica). Se trata fundamentalmente de formaciones geológicas que tradicionalmente eran investigadas por su interés como potenciales rocas madre, generadoras de hidrocarburos (7).

Las cifras que describen la eclosión del *fracking* en Estados Unidos son impactantes porque, según la fuente que consultemos hablan desde de un incre-

(5) <http://www.energiadiario.com/publicacion/spip.php?article23382>.

(6) http://elpais.com/diario/2011/10/15/paisvasco/1318707602_850215.html.

(7) VV.AA.(2013: pp. 39-40).

mento del 16% en 1990 hasta el 50%; o del 11% en 2008 al 20% en 2010; y con previsión del 50% para 2035 (8). También se habla de una nueva burbuja por el crecimiento exponencial de los pozos. El derrumbe actual de los precios de petróleo puede obedecer al intento de expulsión del mercado del petróleo y gas no convencional; a una decisión geopolítica llevada a cabo por Arabia Saudita y USA con ánimo político (perjudicar a Rusia, Venezuela); el colapso del crecimiento económico mundial y del consumo; la sobre-oferta generada; o varios de estos factores en interacción. Es obvio que a 50 dólares el barril o menos no son rentables muchas de estas explotaciones: es el *break even* del *fracking* (el umbral de su rentabilidad) que está dando lugar a alguna suspensión de pagos de empresas del sector (9). Pero esto sólo retrasa el problema, porque la escasez del recurso y el aumento de la demanda inevitablemente harán subir los precios y alejar este espejismo de *break even*. Un reciente estudio sugiere que para evitar el calentamiento global determinados recursos energéticos no debieran ser explotados. Los cálculos han sido realizados por un equipo liderado por Christopher McClade, del Instituto de Fuentes Sostenibles del University College London (UCL). El estudio, financiado por el Centro de Investigación de Energía de Reino Unido (*UK Energy Research Centre*), también señala las zonas del planeta que recomiendan que no sean explotados. En concreto, los autores de este trabajo proponen que, de aquí a 2050, un tercio de las reservas de petróleo, el 40% de las reservas de gas y alrededor del 80% del carbón que hay en todo el mundo en la actualidad no sean explotadas. Sólo así, sostienen, se podrá conseguir que la temperatura en el año 2100 no se incremente más de 2 °C respecto a los valores que había en la era preindustrial (10).

II. LA LEGISLACIÓN ANTI-FRACKING. EL FRACKING ANTE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

1. La legislación *anti-fracking* en Europa y en la legislación autonómica

Diversos países han adoptado legislación *antifracking*, Holanda, Francia, Bulgaria e Irlanda del Norte lo han prohibido y 11 Estados europeos han apro-

(8) <http://aboutnaturalgas.com/content/natural-gas/tight-and-shale-gas/>.

(9) Véase Break-Even Points for U.S. Shale Oil en <http://www.bloomberg.com/news/2014-10-17/oil-is-cheap-but-not-so-cheap-that-americans-won-t-profit-from-it.html>. El *break even* varía en cada sitio. Una reciente estimación es alrededor de \$ 55 a \$ 70 por barril. En Dakota del Norte Bakken Core es \$ 61 – \$ 70, en el Eagle Ford en el sur de Texas es \$ 53 – \$ 60, en Nuevo México es \$ 68. *Sorry Fracking Enthusiasts, Oil's Decline Is Wholly A Dollar Story* en <http://www.forbes.com/sites/johntamny/2014/11/05/sorry-fracking-enthusiasts-oils-decline-is-wholly-a-dollar-story/>.

(10) <http://www.independent.co.uk/environment/climate-scientists-beg-governments-to-leave-buried-fossil-fuel-reserves-in-the-ground-9963405.html>.

bado moratorias (11). Francia, mediante la *Loi* n° 2011-835, de 13 de julio de 2011, por la que se prohíbe la exploración y la explotación de minas de hidrocarburos líquidos o gaseosos mediante fractura hidráulica y se derogan los permisos exclusivos de las prospecciones que comporten proyectos en los que se utilice esta técnica (12). El *Conseil Constitutionnel* en su Decisión n° 2013-346 *Question Prioritaire de Constitutionnalité* de 11 de octubre de 2013, declaró que la prohibición del *fracking* se ajusta a la Constitución francesa (13).

Diversas leyes autonómicas han establecido prohibiciones siguiendo la estela de lo ocurrido en otros países. En concreto, de momento, han sido aprobadas por orden cronológico las siguientes normas por las Comunidades de Cantabria, La Rioja, Navarra y Cataluña (14):

— *Cantabria*, mediante la Ley 1/2013, de 15 de abril, por la que se regula la prohibición del *fracking* en el territorio de la Comunidad Autónoma de Cantabria como técnica de investigación y extracción de gas no convencional (15). El empleo del *fracking*, al implicar un uso del suelo prohibido es considerado infracción urbanística (art. 3) y la ley se aplica a los permisos y cualquier otro título habilitante de la actividad prohibida en el artículo 1, tanto a los ya concedidos o en tramitación, como a las solicitudes que se formulen a partir de su entrada en vigor (disposición transitoria única).

— *La Rioja*, mediante la Ley 7/2013, de 21 de junio, por la que se regula la prohibición en el territorio de la Comunidad Autónoma de La Rioja, de la fractura hidráulica (*fracking*) como técnica de investigación y extrac-

(11) Dando una amplia sobre las prohibiciones en países europeos, véase la información disponible en el Informe realizado por SÁNCHEZ ARANA (2014).

(12) Véase analizando exhaustivamente la Ley n° 2011-835, de 13 de julio de 2011, MOREU CARBONELL (2012: pp. 16-26).

(13) <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/espanol/cuestion-prioritaria-de-constitucionalidad/resoluciones/2013/decision-n-2013-346-qpc-de-11-de-octubre-de-2013.138597.html>. El Consejo Constitucional ha rechazado como irrelevantes las denuncias de violación de los derechos de propiedad en virtud del artículo 3 de la Ley de 13 de julio de 2011 (17). Este enfoque es coherente con las decisiones anteriores por las que el Consejo Constitucional se negó a considerar que las autorizaciones para operar servicios de transporte público de personas son tratadas como objetos de su propiedad titulares de la propiedad (*Décision n° 82-150 DC du 30 décembre 1982, Loi d'orientation des transports intérieurs*, vid. http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/download/2013346QPCccc_346qpc.pdf).

(14) Para una exposición detallada del contenido de estas normas (Cantabria, Rioja, Navarra) y la evolución normativa en el País Vasco véase el brillante estudio de SANTAMARÍA ARINAS (2014: pp. 7-16).

(15) BO. Cantabria de 25 de abril de 2013, núm. 78, p. 13733; B.O.E. de 9 de mayo de 2013, núm. 111, p. 34846.

ción de gas no convencional (16). La Ley de la Rioja además de establecer la prohibición de la técnica del *fracking*, tipifica su empleo como infracción administrativa ambiental y establece multas coercitivas para supuestos de no suspensión de la actividad o incumplimiento del deber de restauración (art. 3 y 4, respectivamente). La Ley riojana, imitando el modelo cántabro, establecía su aplicación a los permisos y cualquier otro título habilitante de la actividad prohibida en el artículo 1, tanto a los ya concedidos o en tramitación, como a las solicitudes que se formulen a partir de su entrada en vigor (disposición transitoria única).

— *Navarra*, mediante la Ley Foral 30/2013, de 15 de octubre, por la que se prohíbe en el territorio de la Comunidad Foral de Navarra el uso de la fractura hidráulica como técnica de investigación y extracción de gas no convencional (17).

La Ley Navarra, al igual que su modelo de Cantabria (18), consideraba que el empleo del *fracking*, al implicar un uso del suelo prohibido en el territorio de la Comunidad Foral de acuerdo con lo establecido en el artículo 1, tendrá la consideración de infracción urbanística y con arreglo a lo previsto en la Ley Foral 35/2002, de 20 de diciembre, de Ordenación del Territorio y Urbanismo y establece su aplicación a los permisos y cualquier otro título habilitante de la actividad prohibida en el artículo 1, *tanto a los ya concedidos o en tramitación*, como a las solicitudes que se formulen a partir de su entrada en vigor. El TC dictó, TC (Pleno), la providencia núm. 9328/2014, de 9 septiembre. JUR 2014\227290 por la que suspende vigencia y aplicación de la Ley Foral 30/2013, de 15 de octubre, con efectos desde la fecha de interposición del recurso —28 de julio de 2014—, para las partes del proceso, y desde la publicación del correspondiente edicto en el «Boletín Oficial del Estado» para los terceros. La STC 208/2014, de 15 de diciembre, acaba de declarar inconstitucional la Ley Navarra.

— *Cataluña*, mediante la Ley 2/2014, de 27 de enero, de medidas fiscales, administrativas, financieras y del sector público (19), cuyo artículo 167 *modificación de la Ley de Urbanismo* ha añadido un apartado, el 10, al artículo 47 del texto refundido de la Ley de Urbanismo, aprobado por el Decreto

(16) BO. La Rioja 24 junio 2013, núm. 77, p. 13783; B.O.E. de 9 de julio de 2013, núm. 163, p. 50954.

(17) BO. Navarra 28 octubre 2013, núm. 208, p. 11309; B.O.E. de 8 de noviembre de 2013, núm. 268, p. 90057.

(18) Cfr. art. 3 y Disposición Transitoria Única de la Ley 1/2013, de 15 de abril, por la que se regula la prohibición del *fracking* en el territorio de la Comunidad Autónoma de Cantabria.

(19) D.O.G.C. 30 de Enero de 2014, B.O.E. de 21 de marzo 2014.

legislativo 1/2010, de 3 de agosto (20). El Pleno del Tribunal Constitucional, por Providencia núm. 11986/2014 de 18 noviembre. JUR 2014\274083, ha acordado admitir a trámite el recurso de inconstitucionalidad número 6513-2014, promovido por el Presidente del Gobierno, contra el artículo 167.1 y las disposiciones transitorias 5.ª y 8.ª de la Ley 2/2014, de 27 de enero, de Medidas Fiscales, Administrativas, Financieras y del Sector Público de Cataluña. Al haberse invocado por el Presidente del Gobierno el art. 161.2 de la Constitución, produce la suspensión de la vigencia y aplicación de los preceptos impugnados desde la fecha de interposición del recurso —30 de octubre de 2014—, para las partes del proceso, y desde la publicación del correspondiente edicto en el «Boletín Oficial del Estado» para los terceros. La suspensión ha sido levantada mediante el AUTO 63/2015, de 17 de marzo de 2015.

En Estados Unidos diversos Estados han prohibido (como Vermont) o adoptado moratorias relegando autorización a la realización de estudios ambientales (California, *Maryland* hasta 2104, *New York*, *New Jersey* —primero establece prohibición y el veto del Gobernador lo convierte en moratoria—; *North Carolina* ha ocurrido lo contrario la ley estatal que lo permite —es vetada por el Gobernador—) (21). Debe destacarse que, al igual que ha ocurrido en Europa, los Estados que más petróleo y gas no convencional poseen han sido reacios al establecimiento de prohibiciones. Polonia es nuestro Texas; el País Vasco es nuestro Texas.

2. El fracking ante el Tribunal constitucional. La prohibición de la técnica de la fractura hidráulica (*fracking*) contradice el ejercicio de las competencias exclusivas del Estado sobre la ordenación del sector minero y energético (art. 149.1.25 CE): La prohibición absoluta e incondicionada de la técnica de la fractura hidráulica en todo el territorio una Comunidad, contradice de manera radical e insalvable la legislación básica estatal que la autoriza y somete a evaluación ambiental (22)

De momento, el Tribunal Constitucional ha declarado inconstitucionales las leyes de Cantabria, Rioja y Navarra en las SSTC 106/2014, de 24 de junio;

(20) «10. En la explotación de recursos naturales en suelo no urbanizable, en el caso de aprovechamiento de hidrocarburos, no está permitida la utilización de la tecnología de la fracturación hidráulica cuando pueda tener efectos negativos sobre las características geológicas, ambientales, paisajísticas o socioeconómicas de la zona, o en relación con otros ámbitos competenciales de la Generalidad».

(21) BUGH & WENDELBO (2013: pp. 8-9).

(22) Analizando esta jurisprudencia constitucional, véanse GARRIDO DE LAS HERAS & ANTÓN VEGA (2014); FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ (2014b: pp. 9-10) y (2014c: pp. 1344-1346); SANTAMARÍA ARINAS (2014: pp. 30-35).

134/2014, de 22 de julio y la STC 208/2014, de 15 de diciembre. Las tres comparten la misma base argumental: La prohibición de la técnica de la fractura hidráulica (*fracking*) contradice lo establecido en la Ley 17/2013, que en el ejercicio de las competencias exclusivas del Estado sobre la ordenación del sector minero y energético, modifica la Ley del Sector de Hidrocarburos (LSH), a fin de incluir dicha técnica como sistema de extracción de gas no convencional. El TC considera que, si bien la finalidad de las mencionadas Leyes autonómicas es la protección del medio ambiente, no puede considerarse que sea complementaria a la legislación estatal al respecto, que precisamente para garantizar esa protección, exige la previa declaración de impacto medioambiental favorable. De esta forma, en el conflicto de competencia declara títulos prevalentes las Bases del régimen energético (art. 149.1.25 CE) y las Bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica (art. 149.1.13 CE) (23): El TC concluye que «Con carácter general cabe pues concluir que «corresponde al Estado la competencia para regular la ordenación del sector energético, y dentro de éste el subsector gasístico, mediante la aprobación de la legislación básica; y a las Comunidades Autónomas corresponden las competencias de desarrollo normativo y ejecutiva, respetando las bases establecidas por el Estado» [SSTC 135/2012 (LA LEY 93179/2012), FJ 2 y 8/2013 (LA LEY 1622/2013), FJ 3]» (24).

En las sentencias son claves las normas estatales dictadas en relación con el *fracking* (siendo un supuesto de inconstitucionalidad mediata, la legislación básica de contraste es la Ley 17/2013, de 29 de octubre, para la garantía del suministro e incremento de la competencia en los sistemas eléctricos insulares y peninsulares; que ha añadido un apartado 5 al art. 9 de la Ley del sector de hidrocarburos y asimismo un párrafo e) al grupo 2 del anexo I del texto refundido de la Ley de evaluación de impacto ambiental de proyectos, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2008, de 11 de enero) —STC 106/2014, de 24 de junio, f.j. núm.6— (25).

(23) STC 106/2014, de 24 de junio, f.j. núm. 3º; STC 134/2014, de 22 de julio, f.j. núm. 2º; STC 208/2014, de 15 de diciembre, f.j. núm. 2º.

(24) STC 106/2014, de 24 de junio, f.j. núm. 4º; STC 208/2014, de 15 de diciembre, f.j. núm. 2º.

(25) Para el TC «La fijación por el Estado de unos criterios uniformes en cuanto a las técnicas que pueden ser utilizadas en la exploración, investigación y explotación de hidrocarburos constituye una norma básica, con arreglo al art. 149.1.13 y 25 CE; se trata de evitar los posibles desequilibrios o desigualdades en el conjunto del sistema a los que podría conducir la fijación de criterios unilaterales por las Comunidades Autónomas que supongan la inclusión o exclusión de determinadas técnicas habituales en la industria para la investigación y extracción de hidrocarburos. Por otra parte, el interés que lleva consigo el aprovechamiento de hidrocarburos no convencionales por su contribución al abastecimiento energético, muy especialmente en países de acusada y crónica dependencia energética, como es notoriamente

De esta forma, la prohibición absoluta e incondicionada de la técnica de la fractura hidráulica en todo el territorio de la Comunidad, *contradice de manera radical e insalvable la legislación básica estatal que autoriza la mencionada técnica y somete a evaluación ambiental las actividades extractivas que conlleven su empleo*, de modo que la Administración que resulte competente en cada caso para autorizar los proyectos que impliquen la utilización de la técnica de la fractura hidráulica, ya sea el Estado o la Comunidad Autónoma, deberá llevar a cabo de forma previa la correspondiente evaluación de impacto ambiental de cada proyecto, en la que habrá de hacerse efectivo el principio de precaución» [STC 106/2014, de 24 de junio, núm. FJ 8 a)], de suerte que, se podrá denegar la autorización del proyecto que suponga el empleo de la técnica del *fracking* si el resultado de la evaluación de impacto ambiental del mismo es negativo. El TC concluye de forma tajante que «La prohibición de la técnica del *fracking* que establece el art. 1 de la Ley autonómica impugnada vulnera la competencia estatal ex art. 149.1.13 y 25 CE, al excluir la eficacia en el territorio de Cantabria de la legislación básica que se dicta al amparo de los referidos títulos competenciales».

Para el TC, la disposición transitoria única, que determina que lo establecido en esta Ley será de aplicación a los permisos y cualquier otro título habilitante de la actividad prohibida por el art. 1, tanto a los ya concedidos o en tramitación como a las solicitudes que se formulen a partir de su entrada en vigor, sin especificar si se limita a los permisos y títulos habilitantes expedidos por la Comunidad Autónoma o si se extiende a cualesquiera otros que hubiera podido expedir el Estado, «incurre en la misma extralimitación competencial que el precitado art. 1 y resulta por ello inconstitucional y nula» [FJ 8 c)]. Las restantes previsiones de la Ley —suspensión, régimen sancionador y multas coercitivas— tienen un carácter instrumental de la prohibición del empleo de la técnica de la fractura hidráulica y «carecen de operatividad una vez expulsado del ordenamiento jurídico el art. 1 de la Ley 1/2013, deben ser también declarados inconstitucionales y nulos pues «es doctrina constitucional consolidada que las competencias atribuidas a las Comunidades Autónomas como exclusivas por sus respectivos Estatutos lo son sin perjuicio de las que corresponden al Estado en virtud del art. 149.1 CE» [FJ 8 c)].

Tampoco amparan la prohibición del *fracking* las competencias urbanísticas: para el TC, las competencias exclusivas que el Estatuto de Autonomía de Cantabria atribuye a esta Comunidad Autónoma en materia de ordenación del territorio y del litoral, urbanismo y vivienda (art. 24.3 EACant), que son

el caso de España, justifica también el carácter básico de la autorización de la fractura hidráulica, por las posibilidades que ofrece esta técnica de mejorar la productividad de las explotaciones de los yacimientos de gas no convencional». STC 106/2014, de 24 de junio, f.j. núm. 6º; STC 208/2014, de 15 de diciembre, f.j. núm. 2º.

las invocadas por la Ley autonómica impugnada para considerar el empleo de la técnica del *fracking* como infracción urbanística (art. 3) y ordenar a las autoridades y funcionarios de la Administración autonómica y de las Entidades locales de Cantabria que adopten las medidas oportunas para la paralización de las actividades que se realicen contraviniendo la prohibición del *fracking*, así como para reponer la situación alterada a su estado originario (art. 2), *en modo alguno pueden prevalecer sobre las normas que el Estado ha dictado autorizando el empleo de la fractura hidráulica*, en ejercicio legítimo de sus competencias exclusivas sobre bases de régimen minero y energético (art. 149.1.25 CE) y sobre ordenación general de la economía (art. 149.1.13 CE) (bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica).

En definitiva, para el TC estamos ante una normativa autonómica que resulta incompatible con la legislación básica estatal sobrevenida, lo que determina la inconstitucionalidad y consiguiente nulidad de la Ley del Parlamento de Cantabria 1/2013 en su integridad a partir de la entrada en vigor de la legislación básica (por todas, SSTC 27/1987, de 27 de febrero, F.J. núm. 9, 1/2003, de 16 de enero, F.J. núm. 9; y 162/2009, de 29 de junio, F.J. núm. 8) (26). Adicionalmente el Tribunal Constitucional considera que la prohibición del *fracking* vulnera el art. 128.1 CE que de acuerdo con su doctrina «supone que no pueden substraerse a la riqueza del país recursos económicos que el Estado considera de interés general, aduciendo otras finalidades como la protección del medio ambiente. Se trata de nuevo de armonizar la protección del medio ambiente con la explotación de los recursos económicos. Ello supone que, si bien la imposición de una carga adicional para la protección del medioambiente no es en sí contraria a la Constitución ni al Estatuto, sí lo es la prohibición con carácter general de las actividades extractivas (...) de mayor importancia económica. [...] Cuestión distinta es que puedan prohibir la actividad minera en casos concretos, siempre que no exista un interés prioritario, pero el carácter general con la excepción citada, que prevé (...) la Ley impugnada, debe tacharse de inconstitucional (...) por substraer a la riqueza nacional posibles recursos mineros» (STC 64/1982, F.J. núm. 6). Esta doctrina se reitera, entre otras, en la STC170/1989, de 19 de octubre (LA LEY 127417-NS/0000), FJ 7, y la STC 102/1995, de 26 de junio (LA LEY13115/1995), FJ 4. Lo que le lleva a declarar que la prohibición absoluta e incondicionada de una determinada técnica de investigación y explotación de hidrocarburos no puede decidirse por una Comunidad Autónoma. (f.j. núm. 8º) (27).

(26) STC 106/2014, de 24 de junio, f.j. núm. 8; STC 208/2014, de 15 de diciembre, f.j. núm. 2º.

(27) SÁNCHEZ DE GATTA considera acertada la posición pues «el TC reitera una consolidada doctrina sobre las innegables competencias del Estado en esta materia, pero también en relación con las actitudes prohibicionistas con ciertas actividades de algunas CC.AA. sin

Consideramos que las normas impugnadas incurren en un defecto no desdeñable de técnica jurídica no detectado por el TC. El preámbulo de la Ley 1/2013, de 15 de abril, por la que se regula la prohibición del *fracking* en el territorio de la Comunidad Autónoma de Cantabria, invoca el principio de precaución y los interrogantes sobre la salud y la protección del medio ambiente. Sin embargo, este principio de cautela o precaución significa afirmar el principio *in dubio pro natura* en caso de incertidumbre científica (28). Para su despliegue suelen exigirse los siguientes requisitos: 1. Incertidumbre científica; 2. *Proporcionalidad* y no discriminación; 3. Gravedad y urgencia; 3. *Carácter transitorio*; 4. *Desarrollo ulterior de investigaciones destinadas a una evaluación más objetiva del riesgo*; y, 5. comunicación al público (29).

base constitucional alguna, y afirma la importancia del mercado interior en una materia tan importante como la energía (aunque la filosofía constitucional de esta sentencia es posible aplicarla a muchas otras materias (2014b: p. 10). También valoran positivamente esta sentencia GARRIDO DE LAS HERAS, & ANTÓN VEGA, *quienes creen que* «los títulos competenciales invocados por la Ley de Cantabria para prohibir el uso del *fracking* (urbanismo y ordenación del territorio, protección del medio natural y régimen energético y minero) no permiten justificar una medida de tal calado, que impide realizar esas actividades en ese territorio y que «sin duda, el Estado ha sabido defender sus intereses y competencias, y su estrategia aprobando las modificaciones de la LSH y el TRLEIA a través de la Ley 17/2013 ha tenido éxito. En el caso en que el recurso de inconstitucionalidad se hubiese interpuesto sin antes haber aprobado tales modificaciones, el resultado podría haber sido otro muy distinto» (2014: p. 7). Por el contrario, SANTAMARÍA ARINAS, que destaca la rapidez insólita del TC al resolver el recurso frente a las medias de 9-19 años, cree que la prohibición del *fracking* no pretende sustraer ningún recurso a la «riqueza» del país de forma irreversible. Lo que se prohíbe es el empleo de una determinada técnica para su aprovechamiento. Si realmente existen, los recursos seguirán estando ahí hasta que puedan aprovecharse, de ser necesario, en condiciones más favorables. De este modo, podría decirse que se incentiva la investigación científica y la innovación tecnológica. Pero, sobre todo, se integra en la reflexión el factor temporal que viene impuesto por el paradigma de la sostenibilidad para un desarrollo duradero o durable. SANTAMARÍA ARINAS cree que la STC de 24 de junio de 2014 ha tapado el debate verdaderamente importante que es el relativo a la sostenibilidad, en su triple dimensión ambiental, social y económica, del *fracking* (2014: pp. 20, 24, 35-36. Discrepamos con nuestro buen amigo que solo sea la prohibición de una técnica, *pues es la única posible para la explotación del recursos*; y, desde luego, no es territorialmente limitada ni sobre un recurso ajeno al interés general protegido en el art. 128 CE, dada nuestra dependencia energética del 99% en materia de hidrocarburos.

(28) Como dice SADELEER, este principio se inscribe dentro de una perspectiva dinámica y no estática. Las decisiones tomadas a su amparo deben ser consideradas revisables (debe poder prohibirse lo que se ha considerado autorizable o viceversa en función de la evolución de la información: «las decisiones de naturaleza irreversible están en las antípodas del principio de precaución»(2000: p. 15). Aplicando esta última opción expresamente, C.E de 22 de enero de 1999 (insecticide Gaucho) —la autorización sobre comercialización de un pesticida nunca es definitiva— ROMI, *Droit de la santé, droit de l'environnement: intégrations croisées*, en VV.AA (2001: p. 148).

(29) Véanse KROMAREK, *Le principe de précaution vu par l'industrie* en VV.AA. (2001: pp. 189-191); ICARD, *L'articulation de l'ordre communautaire et des ordres nationaux dans l'application du principe de précaution*, en VV.AA. (2000: pp. 38-40).

El despliegue del principio puede llevar a la prohibición temporal de una actividad o a la adopción de medidas efectivas y proporcionadas destinadas a prevenir un riesgo de daño al ambiente (30). Por eso no creemos que para una prohibición absoluta *sine die* pueda invocarse el principio de precaución o cautela. El TC también se equivoca cuando dice que la EIA responde al principio de cautela —STC 106/2014, de 24 de junio, f.j. núm. 8º—: *Es obviamente el de prevención*.

Obviamente la misma antijuridicidad debe predicarse de actos, acuerdos y Ordenanzas locales que prohíban el fracking (31). En Estados Unidos, los tribunales en dos casos *Cooperstown Holstein Corp. v. Town of Middlefield*, 943 N.Y.S.2d 722, 724 (N.Y. Sup. Ct. 2012); *Anschutz Exploration Corp. v. Town of Dryden*, 940 N.Y.S.2d 458, 460 (N.Y. Sup. Ct. 2012), han respaldado la validez de *zoning ordinances* que prohíben el fracking (32). Si bien parece que las autoridades locales en norteamérica, sin embargo, no cuentan actualmente con la autoridad reguladora, la capacidad, o la información necesaria para cerrar la brecha reguladora: «Actualmente las ciudades no tienen la autoridad reguladora para adoptar normas urbanas de calidad del aire para los contaminantes peligrosos del aire o de exigir compensaciones antes de permitir que fuentes adicionales se implanten en las zonas donde la calidad del aire ya están en el límite de esas normas» (33). Si no tienen esta capacidad, no parece que puedan tener la capacidad mayor de prohibición. De hecho, algunos Estados de la Unión como Luisiana o *New York* han prohibido estableciendo una *express preemption* a cualquier agencia o subdivisión política del Estado —y aquí entran de pleno las autoridades locales— prohibir actividades de perforación autorizadas por el Estado (34).

(30) T.A Amiens, 30 de junio de 1999, *Cne de Noyon*. Vid. apud. FERRU & CANS, *Les méandres du principe de précaution rectifiés par le juge administratif* en VV.AA. (2001: p. 187).

(31) Al respecto, BOQUERA MATARREDONDA (2013: pp. 175-180). La STS de 19 noviembre 2014 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª), RJ 2014\6194 ha declarado que los municipios no pueden celebrar consultas ciudadanas sobre el uso del 'fracking' para la extracción de hidrocarburos del subsuelo, al considerar que la regulación de esta técnica es una competencia estatal que escapa del ámbito de actuación de los ayuntamientos. El alto tribunal se ha pronunciado de esta forma a través de una sentencia que desestima un recurso contencioso-administrativo del Ayuntamiento de Kuartango (Álava) contra un acuerdo del Consejo de Ministros adoptado el 30 de agosto de 2013, por el que se rechazó la autorización solicitada por el Ayuntamiento de Kuartango para celebrar una consulta sobre el uso del 'fracking' o fracturación hidráulica dentro de los límites territoriales del municipio.

(32) HOOKER (2012: pp. 881-882).

(33) RAWLINS (2013: pp. 229 y 302).

(34) HALL (2013, p. 13). HALL destaca dos ideas fuerza comúnmente aceptadas: los tribunales han declarado que los gobiernos locales no pueden inmunizar una ordenanza a través de su mera caracterización como *zoning ordinance* y la idea de los gobiernos locales sólo poseen la autoridad que se les ha delegado expresamente. Es fácil observar las similitudes en

3. Status quaestionis del fracking en la legislación ambiental estatal y de la Comunidad Autónoma de Andalucía

Dadas las divergencias entre los Estados miembros, de momento no existen actos obligatorios ni legislación vinculante. La única referencia es la Recomendación 2014/70/UE de la Comisión, de 22 de enero de 2014, relativa a unos principios mínimos para la exploración y producción de hidrocarburos (como el gas de esquisto) utilizando la fracturación hidráulica de alto volumen (35).

La Recomendación 2014/70/UE pone el acento en los puntos neurálgicos de regulación y control del *fracking*:

3.1. y 11 *EVALUACIÓN AMBIENTAL ESTRATÉGICA (EAE) Y EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL (EIA)* para prevenir, gestionar y reducir los impactos y los riesgos para la salud humana y el medio ambiente. Esa evaluación debe realizarse sobre la base de los requisitos de la Directiva 2001/42/CE y requisitos de la Directiva 2011/92/UE: énfasis en la vigilancia posterior —los operadores deben realizar un seguimiento periódico de la instalación, de la superficie circundante y del subsuelo que puedan verse afectados—.

Como veremos, de momento, sólo se ha establecido la obligación de sometimiento a EIA, pero no a EAE —obviamente sin perjuicio de su encaje en cláusulas de sujeción ya existentes, como, por ejemplo, lo sería la afección a espacios de la Red Natura 2000—. El resto de medidas previstas en la Recomendación 2014/70/UE se relega a lo que pueda determinarse en el proceso de Evaluación de Impacto Ambiental.

3.2 *ZONAS DE EXCLUSIÓN*. Normas claras sobre posibles restricciones de actividad, por ejemplo en zonas protegidas o expuestas a inundaciones o a sismos, así como sobre las distancias mínimas entre las operaciones autorizadas y las zonas residenciales y las zonas de protección de las aguas. Asimismo, deben establecer limitaciones en relación con la profundidad mínima entre la superficie que va a fracturarse y las aguas subterráneas.

5. *SELECCIÓN DEL EMPLAZAMIENTO DE EXPLORACIÓN Y PRODUCCIÓN*. Evaluación de los riesgos deben tomar las medidas necesarias para garantizar la idoneidad de la formación geológica de un emplazamiento para la exploración y producción de hidrocarburos utilizando la fracturación hidráulica de alto volumen. Deben velar por que los operadores realicen una caracterización y una evaluación de riesgos del emplazamiento potencial, de la superficie circundante y del subsuelo. Esta evaluación de riesgos debe basarse en datos suficientes que permitan caracterizar la superficie potencial donde van a realizarse la exploración

nuestros sistemas pues esas mismas ideas fuerza son las que han servido a nuestros tribunales para anular ordenanzas locales en materia de telefonía móvil. También revela que la excusa urbanística para interferir poderes legislativos es supranacional.

(35) D.O.U.E.L. de 8 de Febrero de 2014, LA LEY 1382/2014. Para el análisis de los informes y Resoluciones previos producidos en el ámbito del Parlamento Europeo, Comisión, véase FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ (2014a: pp. 5-6).

y la producción e identificar todas las posibles vías de exposición. De ese modo podrán evaluarse el *riesgo de fugas o migraciones de fluidos de perforación, fluidos de fracturación hidráulica, material en estado natural, hidrocarburos y gases desde el pozo o la formación objetivo, así como el riesgo de sismicidad inducida*. Un emplazamiento solo debe seleccionarse si la evaluación de riesgos realizada conforme a los puntos 5.1, 5.2 y 5.3 demuestra que la fracturación hidráulica de alto volumen no va a provocar un vertido directo de contaminantes a las aguas subterráneas ni va a causar daños a otras actividades que se realicen en las proximidades de la instalación.

6, 7 y 8 **INVENTARIO AMBIENTAL Y PREVENCIÓN**. Se recomienda que se realice un informe sobre la situación de referencia (en relación con el estado medioambiental), que sirva de comparación en el seguimiento posterior o en caso de incidente; que la instalación esté construida de manera que impida las posibles fugas a la superficie y los derrames; y, que los operadores apliquen un planteamiento integrado al desarrollo de una zona de producción para prevenir y reducir los impactos y riesgos sanitarios y ambientales, y que, antes de comenzar la producción, se hayan establecido las condiciones adecuadas para el mantenimiento de la instalación.

9, 10, 11 y 15 **B.A.T. —MEJOR TECNOLOGÍA DISPONIBLE—, REQUISITOS EN MATERIA DE SEGUIMIENTO Y MINIMIZACIÓN SUSTANCIAS QUÍMICAS**. Obligación de utilización de las mejores técnicas disponibles, así como las buenas prácticas de la industria para prevenir, gestionar y reducir los impactos y los riesgos; se recomienda que se minimice el uso de sustancias químicas en la fracturación, y que no sean peligrosas, y se *informe a la población sobre la composición del fluido utilizado*.

12 y 14 **APLICACIÓN DE LA LEGISLACIÓN EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD Y CONTROL EX POST**. Se postula la aplicación de la legislación de responsabilidad y que el operador preste la correspondiente garantía financiera o equivalente que cubra las posibles responsabilidades potenciales por daños ambientales; se realice un estudio tras la clausura de cada instalación para comparar el estado ambiental del emplazamiento de la instalación, la superficie circundante y el subsuelo con el del inicio de las operaciones, descrito en el estudio de referencia.

Como hemos visto ya, el apartado 5 del art. 9 LSH, añadido por la disposición final segunda de la Ley 17/2013, de 29 de octubre, establece que en el desarrollo de los trabajos de exploración, investigación y explotación de hidrocarburos «podrán aplicarse métodos geofísicos y geoquímicos de prospección, perforación de sondeos verticales o desviados con eventual aplicación de técnicas habituales en la industria, entre ellas, la fracturación hidráulica, la estimulación de pozo así como técnicas de recuperación secundaria y aquellos otros métodos aéreos, marinos o terrestres que resulten necesarios para su objeto». De la recomendación, como hemos dicho, tan sólo se ha «transpuesto» la obligatoriedad de EIA. La Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de evaluación ambiental somete a EIA ordinaria el *fracking* en los siguientes términos:

ANEXO I

Proyectos sometidos a la evaluación ambiental ordinaria regulada en el título II, capítulo II, sección 1.ª Grupo 2. Industria extractiva.

d) Los proyectos consistentes en la realización de perforaciones para la exploración, investigación o explotación de hidrocarburos, almacenamiento de CO₂, almacenamiento de gas y geotermia de media y alta entalpía, que *requieran la utilización de técnicas de fracturación hidráulica*.

No se incluyen en este apartado las perforaciones de sondeos de investigación que tengan por objeto la toma de testigo previos a proyectos de perforación que requieran la utilización de técnicas de facturación hidráulica.

En todos los apartados de este grupo se incluyen las instalaciones y estructuras necesarias para la extracción, tratamiento, almacenamiento, aprovechamiento y transporte del mineral, acopios de estériles, balsas, así como las líneas eléctricas, abastecimientos de agua y su depuración y caminos de acceso nuevos.

La Exposición de Motivos de la Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de evaluación ambiental destaca la novedad de que «se han incorporado nuevas tipologías de proyectos para evaluar el uso de nuevas técnicas, como la fractura hidráulica».

En nuestra Comunidad Autónoma, el Decreto-ley 5/2014, de 22 de abril, de medidas normativas para reducir las trabas administrativas para las empresas (36), en su artículo 7 «Modificación de la Ley 7/2007, de 9 de julio, de Gestión Integrada de la Calidad Ambiental (LGICA)», somete a AAU el *fracking* (Autorización Ambiental Unificada), al dar una nueva redacción y sustituir el Anexo I de la LGICA por el Anexo III Categorías de actuaciones sometidas a los instrumentos de prevención y control ambiental en su apartado 1.8, que queda redactado en los siguientes términos:

Apartado 1.8

Proyectos consistentes en la realización de perforaciones para la exploración, investigación o explotación de hidrocarburos, almacenamiento de CO₂, almacenamiento de gas y geotermia de media y alta entalpía, que requieran la utilización de técnicas de fracturación hidráulica (3)

En todos los apartados de este grupo se incluyen las instalaciones y estructuras necesarias para la extracción, tratamiento, almacenamiento, aprovechamiento y transporte del mineral, acopios de estériles, balsas, así como las líneas eléctricas, abastecimientos de agua y su depuración y caminos de acceso nuevos.

Más recientemente, el Real Decreto 594/2014, de 11 de julio, por el que se aprueba el Plan Hidrológico de la Demarcación Hidrográfica del Segura (37), en su Artículo 60 «*Protección del Dominio Público Hidráulico*»,

(36) BOJA 30 abril 2014, LA LEY 6587/2014.

(37) B.O.E. de 12 julio 2014, LA LEY 11223/2014.

apartado 5, determina que «A los efectos de garantizar la compatibilidad ambiental de los proyectos o actuaciones que pudieran afectar al dominio público hidráulico, en los supuestos en los que la Confederación sea el órgano sustantivo se observará lo previsto en el artículo 98 del texto refundido de la Ley de Aguas, en el resto de casos, emitirá el informe requerido por el artículo 37 de la Ley 21/2013, de 9 de diciembre (LA LEY 19745/2013), de Evaluación Ambiental, en particular se deberá examinar las potenciales afecciones a los acuíferos para los permisos de investigación y potenciales concesiones posteriores con utilización de la tecnología de “fracking”».

Además debe destacarse la Resolución de 19 de enero de 2010, de la Dirección General de Industria, por la que se publica la relación de normas europeas que han sido ratificadas durante el mes de diciembre de 2009 como normas españolas (38). Ésta incluye la *EN ISO 13503-2: 2006/A1:2009* Industrias del petróleo y del gas natural. Fluidos de terminación y materiales. Parte 2: Medición de las propiedades de los agentes de sostén utilizados en operaciones de fracturación hidráulica y de llenado con grava. Modificación 1: Adición del Anexo B: Especificación de los agentes de sostén (ISO 13503-2:2006/Amd 1:2009); *EN ISO 13500: 2008/AC:2009* industrias del petróleo y del gas natural. Fluidos de perforación. Especificaciones y ensayos (ISO 13500:2008/Cor 1:2009); y la *EN ISO 17078-2: 2007/AC:2009* Industrias del petróleo y del gas natural. Equipos de perforación y producción. Parte 2: Dispositivos de control del flujo de los mandriles en la cavidad lateral. (ISO 17078-2:2007/Cor 1:2009).

III. PERSPECTIVAS: RECOGIENDO EL GUANTE VERDE ARROJADO POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL A LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS

Desde un punto de vista jurídico, el Tribunal Constitucional marca el escenario de lo posible, *en tanto la legislación estatal no sea modificada*. El debate de la posibilidad de prohibir el *fracking* mediante una ley autonómica

(38) B.O.E. de 8 de febrero 2010; LA LEY 1184/2010. En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 11.º, apartado f), del Reglamento de la Infraestructura para la Calidad y Seguridad Industrial, aprobado por Real Decreto 2200/1995, de 28 de diciembre (LA LEY 496/1996) (BOE de 6 de febrero de 1996), y vistas las normas elaboradas por los Organismos Europeos de Normalización CEN, CENELEC, ETSI y cuya transposición nacional corresponde a la Asociación Española de Normalización y Certificación (AENOR), entidad designada por Orden del Ministerio de Industria y Energía de 26 de febrero de 1986, de acuerdo con el Real Decreto 1614/1985, de 1 de agosto (LA LEY 2050/1985), y reconocida a estos efectos por la disposición adicional primera del citado Real Decreto 2200/1995, de 28 de diciembre (LA LEY 496/1996).

ha sido cerrado por el momento. El TC considera que la prohibición impuesta por las Leyes impugnadas no puede considerarse como una norma adicional de protección en materia medioambiental, conforme a la doctrina constitucional al respecto (por todas, SSTC 170/1989, f.j. 2; 102/1995, ff. jj. 8 y 9; 33/2005, f.j. 6; y 69/2013, f.j. 1). Creemos, no obstante, que el Tribunal Constitucional está haciendo una invitación al legislador autonómico al ejercicio de sus propias competencias que son las medidas adicionales de protección en materia de medio ambiente conforme al art. 149.1 23 CE.

De acuerdo con la consolidada doctrina sobre la delimitación del alcance funcional de la competencia estatal ex art. 149.1.23 CE, es claro que lo básico, como propio de la competencia estatal en la materia de medio ambiente, de carácter transversal, cumple una función de ordenación mediante mínimos; habrían de respetarse en todo caso, *pero que deben permitir que las Comunidades Autónomas con competencias en la materia establezcan niveles de protección más altos* (SSTC 170/1989, de 19 de octubre, FJ 2; 102/1995, de 26 de junio, FFJJ 8 y 9; 33/2005, de 17 de febrero, FJ 6; y 69/2013, de 14 de marzo, FJ 1, por todas). (STC 106/2014, de 24 de junio, FJ núm. FJ 6), pero al propio tiempo el TC afirma que «De la doctrina constitucional se infiere sin dificultad que, con la finalidad de protección del medio ambiente, la Comunidad Autónoma puede imponer requisitos y cargas para el otorgamiento de autorizaciones y concesiones no previstos por la legislación estatal, pero sin alterar el ordenamiento básico en materia de régimen minero y energético». Éste es pues el camino jurídicamente posible. Lo ideal es que esta regulación fuera «federal» (39): pero no será la primera vez que la acción de una Comunidad Autónoma hace avanzar el Derecho ambiental estatal —precisamente, es ejemplo de esto la regulación de Cataluña sobre restauración de espacios afectados por actividades extractivas primero impugnada por el Estado y luego adoptada como norma básica estatal—.

Creemos que hubiera sido preferible la fijación de una moratoria sobre el *fracking* de 2-4 años (MOREU CARBONELL, GALÁN VIOQUE), pero eso sólo podría establecerlo el Estado (40). Realmente no sólo es un tema de incertidumbre.

(39) En la legislación de los estados Texas es considerada como la menos preocupada con el medio ambiente en comparación con otros estados como Nueva York, *Pennsylvania* y *Wyoming*, estados que se consideran a la vanguardia del movimiento *fracking*. En este sentido de propugnar un regulación federal, aun renegando una de regulación «talla única» igual para todos, GHOSHRAJ (2013: pp. 224, 236-237). Decididamente partidario de una regulación federal, ESPÓSITO (2013: pp. 187 y 190). ESPÓSITO cree que con el fin de garantizar la protección de las reservas de agua de los Estados Unidos, el gobierno federal debe crear normas de cemento de revestimiento que se apliquen en todos los Estados. Dichas normas se traducirían en una menor contaminación del agua en los Estados Unidos, así como servir de ejemplo para las naciones que aún están en la etapa de exploración de la extracción de gas de esquisto.

(40) El Proyecto de ley de Alemania aprobado en abril de 2015 prohíbe durante cinco años el uso de la tecnología de fracturación hidráulica para las operaciones de perforación

La cuestión central es si estamos preparados para el control de una actividad tan potencialmente peligrosa para el medio ambiente. Si debe realizarse esta actividad debe serlo con todas las garantías, y ello requiere medios específicos humanos y materiales dedicados a la inspección y control de las empresas que realicen la explotación de los hidrocarburos no convencionales: ¿dónde están estos equipos humanos y materiales?, ¿dónde están las dotaciones presupuestarias dirigidas a este fin?, ¿tenemos experiencia y verdadera capacidad de vigilancia, inspección y control ya sea a través de medios públicos o de entidades colaboradoras de la Administración (41)? Ese despliegue de esta infraestructura técnica y humana de vigilancia, inspección y control debe ser anterior al inicio de la explotación y desarrollo de la industria de la fracturación hidráulica, o como mínimo, simultánea.

En tanto que la legislación estatal no se despliegue estableciendo normas claras del control ambiental de la actividad, el camino que debe seguirse es la regulación efectiva del *fracking* no relegando a la declaración de impacto ambiental la fijación de condiciones ambientales. Debiera ser el Estado quien estableciera el mínimo común uniforme ex art. 149. 1. 23 CE. El modelo actual de sometimiento a EIA es un modelo desregulado que deja todo en manos de las decisiones singulares proyecto a proyecto de la administración ambiental

superficiales de 3.000 metros y todo tipo de *fracking* en reservas naturales y parques nacionales. (<http://nofrackingvallespasiegos.blogspot.com.es/2015/04/el-gabinete-aleman-aprueba-un-proyecto.html>). La iniciativa legal prohíbe terminantemente el uso del *fracking* en zonas de producción hídrica, en regiones donde existan manantiales curativos y en zonas de reserva natural. Si las perforaciones de prueba tienen éxito y un comité especial lo aprueba, la nueva ley podría permitir el *fracking* comercial a partir de 2019 para las capas más profundas o de baja permeabilidad. (http://economia.elpais.com/economia/2015/04/02/actualidad/1428005442_995858.html).

(41) Destacamos la siguiente recomendación realizada por el Informe del Instituto Geológico y Minero de España, Enero 2014, «Recomendaciones ambientales en relación con las medidas preventivas y correctoras a considerar en proyectos relacionados con la exploración y explotación de hidrocarburos mediante técnicas de fractura hidráulica» que propugna el Establecimiento de una red de control y vigilancia de salvaguarda hidrogeológica, definida por un círculo comprendido entre 5 y 10 km de radio, con centro en el pozo de fracturación, donde se muestrearán todos los niveles permeables con posibilidad de sufrir una afección procedente del pozo o relacionada con este proceso. Dicha red de control detectará, mediante análisis periódicos, la presencia de lodos de perforación, fluidos de estimulación, agua de formación, metano o cualquier elemento que no forme parte de los que constituyen la «línea de base», tanto de las aguas subterráneas como de las aguas superficiales. El periodo de toma de muestras se establecerá en función de la permeabilidad y del tiempo de permanencia del agua en los acuíferos. En este sentido, RAWLINS, valorando la experiencia norteamericana concluye : «un examen detallado de las disposiciones reguladoras federales y estatales relacionados con la información química, la vigilancia, la divulgación, seguimiento y limpieza revelan un problema fundamental: los datos de monitoreo de la calidad de aguas subterráneas y superficiales son escasos. Sin datos y análisis adecuados, no podemos evaluar enteramente el impacto de las operaciones de la industria del gas» (RAWLINS 2014: p. 194).

de prevención (sin la visión macro EAE). Creemos preferible el establecimiento de medidas adicionales de protección que contemplen y regulen expresamente imperativamente los siguientes aspectos:

1) Aspectos fiscales de *fracking* —impuestos medioambientales—. El *fracking* debe revertir directamente sobre las zonas de producción mejorando las condiciones sociales y ambientales de la población. Habrá que tener en cuenta las figuras tributarias en proceso de tramitación para no incurrir en doble imposición. El Ministerio de Hacienda está perfilando la creación de un nuevo impuesto de hidrocarburos que grave la posible producción de petróleo y gas en España, El Ministerio ve «razonable» el tipo del 8% propuesto por Industria el pasado verano, según la información de EL MUNDO que «faltan por cerrar algunos aspectos técnicos de carácter tributario». La propuesta normativa que regulará el nuevo impuesto «avanza favorablemente» y verá la luz «pronto». El borrador remitido por Industria contemplaba una figura tributaria muy parecida a la existente en otros países del entorno europeo, como Italia. *El 60% de la recaudación iría a parar a las corporaciones locales y el 40% al Estado*, aunque en el Gobierno insisten en que este punto no está cerrado (42).

2) Determinación de estándares de calidad del aire específicos para la fracturación hidráulica.

3) Establecimiento de la obligatoriedad de la Evaluación Ambiental Estratégica. Realización de un informe hidrogeológico integral, en el que se especifiquen y valoren las posibles afecciones a acuíferos superficiales y profundos, y cursos superficiales de agua, que puedan estar conectados hidráulicamente con la zona a fracturar (43) e imposición de la obligación de estudios sismográficos. Obligación de establecimiento red de sensores cercanos a la superficie o una red de sensores en sondeos. El Estado debiera establecer cláusulas de exoneración de responsabilidad administrativa para supuestos de fallas desconocidas para evitar la repetición del Castor.

4) Determinación de zonas de exclusión: siguiendo la Recomendación 2014/70/UE de la Comisión, de 22 de enero de 2014, se deben establecer normas claras sobre restricciones de actividad en zonas protegidas o expuestas a inundaciones o a sismos, así como sobre las distancias mínimas entre las operaciones autorizadas y las zonas residenciales y las zonas de protección de

(42) <http://www.elmundo.es/economia/2014/10/29/544ff54522601d53028b4599.html>.

(43) Sugerencia que tomamos literalmente del Informe del Instituto Geológico y Minero de España, Enero 2014, «Recomendaciones ambientales en relación con las medidas preventivas y correctoras a considerar en proyectos relacionados con la exploración y explotación de hidrocarburos mediante técnicas de fractura hidráulica».

las aguas. Asimismo, deben establecer limitaciones en relación con la profundidad mínima entre la superficie que va a fracturarse y las aguas subterráneas. Debe recordarse que conforme a la jurisprudencia constitucional sí serían admisibles prohibiciones de carácter concreto. Para el Tribunal Constitucional son admisibles prohibiciones de carácter concreto, «siempre que no exista un interés prioritario» (f. j. núm. 6 STC 64/1982). La STC 170/1989 de 19 de octubre ha vuelto a plantearse la constitucionalidad de estas prohibiciones, al examinar la constitucionalidad del artículo 14.2.c de la Ley del Parlamento de la Comunidad Autónoma de Madrid, Ley 1/1985, de 23 de enero, del Parque Regional de la Cuenca Alta del Manzanares, que prohibía con carácter general las actividades extractivas en las zonas de reserva natural, tanto integral como educativa. Sin embargo, el Tribunal Constitucional no consideró contrario a la Constitución dicha prohibición y descartó que la doctrina establecida por la STC 64/1982 llevase «a la necesidad de declarar inconstitucional el precepto» (44).

5) Regulación de la publicidad de los aditivos utilizados en el *fracking* y prohibición de alteradores endocrinos sin perjuicio de la obligación previa del promotor de incluir en cada uno de los aditivos expresados mediante marca comercial, así como en el resto: el nombre químico, acrónimos (si lo hubiera), sinónimos, u otros nombres recibidos por el producto, y fichas de seguridad de acuerdo con el Reglamento (CE) N° 1907/2006 del Parlamento europeo y del Consejo de 18 de diciembre de 2006 (REACH); se trataría de extender las obligaciones previstas en el Reglamento (CE) N° 1907/2006 a los operadores de fracturación hidráulico y la publicidad de los datos (45). Debe requerirse la elaboración de informes destinados una base de datos públicamente accesible de la presencia de productos químicos tóxicos y la cantidad utilizada en cada

(44) La argumentación del Tribunal Constitucional fue la siguiente: «En el presente caso se trata de una prohibición limitada a unos *terrenos muy concretos* (los mencionados en los arts. 15.1 y 16.1 de la Ley impugnada) y destinada fundamentalmente a actividades extractivas enmarcables en las secciones A y B, “actividades extractivas, y de cantería, areneros, graveros, y similares”. Al mismo tiempo, aún cuando la Ley impugnada no haga referencia expresa, a diferencia de la Ley Catalana, a la existencia de un interés público prioritario, el mismo ya resulta implícito también en la propia referencia contenida en la Ley estatal 4/1989, cuyo artículo 13.2 prevé la prohibición del aprovechamiento de los recursos naturales incompatibles con las finalidades que hayan justificado la creación del Parque» (f.j. núm. 7, STC 170/1989).

(45) En Indiana se ha aprobado regulación requiriendo a todos los productores que usan la técnica de la fractura hidráulica información detallada sobre los tipos y volúmenes de fluidos y aditivos usados (Title 312 IAC Natural resources LSA doc#12-292 Emergency Rule. En febrero de 2012 las *Texas Railroad Commission Rules* fueron enmendadas para requerir la difusión de los nombres de los productos y químicos empleados en el *fracking* y su número de código legal —Chemical Abstract Registry numbers— pero respetando secreto comercial al menos que el Fiscal General o un Tribunal determinen que la información no está bajo secreto industrial o comercial. Otros Estados ha regulado la obligación de difusión como Oklahoma, Virginia, Wyoming. *Cfr.* BUGH & WENDELBO (2013 : p. 8-11).

sitio, todos los métodos de tratamiento y eliminación de residuos, la eficacia de estos métodos, y la cantidad de los aditivos químicos tóxicos que son introducidos en el medio ambiente (46). La experiencia normativa de los diferentes Estados en USA debe ser inspiradora de estas medidas adicionales de protección. Existen importantes iniciativas en este sentido, algunas fracasadas como la de Arkansas —imponiendo la obligación de revelar las sustancias químicas empleadas y el agua usada en cada operación— (47) y otras veces aprobadas.

6) Regulación de las condiciones de vertidos y tratamiento de los fluidos que regurgiten las actividades de *fracking* o fluidos de retorno. Siguiendo recomendación realizada por el Informe del Instituto Geológico y Minero de España, enero 2014, «Recomendaciones ambientales en relación con las medidas preventivas y correctoras a considerar en proyectos relacionados con la exploración y explotación de hidrocarburos mediante técnicas de fractura hidráulica» debe exigirse el establecimiento de una red de control y vigilancia de salvaguarda hidrogeológica, definida por un círculo comprendido entre 5 y 10 km de radio, con centro en el pozo de fracturación, donde se muestrearán todos los niveles permeables con posibilidad de sufrir una afección procedente del pozo o relacionada con este proceso. Debe establecerse la obligación de los operadores de realizar un seguimiento periódico de la instalación, de la superficie circundante y del subsuelo que puedan verse afectados. Debe considerarse la utilización de trazadores químicos no radiactivos para el control y seguimiento de la contaminación hídrica. Igualmente, respecto de la contaminación atmosférica, monitoreo de emisiones *in situ*, la información periódica,

(46) En Estados Unidos, según la información recabada por LEITER, organismos privados están desarrollando una labor en esta área que estimula políticas públicas. Por ejemplo, la industria ha desarrollado la entidad privada, *FracFocus* en colaboración con el Consejo de Protección del Agua Subterránea (GWPC o *Ground Water Protection Council*) y la Comisión Interestatal del Gas y Petróleo (IOGCC o *Interstate Oil and Gas Compact Commission*), que proporciona una plataforma web para las empresas para revelar información voluntariamente sobre sus prácticas de perforación. Según un observador de la industria, a partir de octubre de 2013, doce estados habían adoptado la página web como plataforma para la voluntaria (o, en algunos casos, obligatoria) en las normas de divulgación de fracturación hidráulica, y siete estados demás estaban en el proceso de hacerlo. LEITER aduce esto como ejemplo de que los esfuerzos de gobernanza privada pueden ejercer influencia sobre el desarrollo de las políticas públicas (2014: pp. 1128-1129). Dando cuenta de la obligación de difusión a través de *Fracfocus*, véase BLIGH & WENDELBO (2013: p. 11). Estas muestras de «gobernanza privada» pueden verse también como el intento de adaptarse a lo inevitable. La regulación debiera ser obligatoria y «federal», y en caso de inacción «estatal» (autonómica en nuestro caso). Hay Estados que ya han adoptado *la obligación* de revelar las sustancias y aditivos empleados.

(47) *Arkansas House Bill 1396* requería a los operados revelar las sustancias empleadas y el agua utilizada por cada operación: la norma no fue aprobada. <https://legiscan.com/AR/bill/HB1396/2013>.

y el equipo de control de contaminación destinado a asegurar el cumplimiento de la regulación y las condiciones ambientales de la autorización.

7) Regulación técnica de las carcacas de cemento de los pozos: tema especialmente crítico al que se imputan los fallos producidos (el 1% según la industria, hasta el 15 % según el *Environmental Defense Fund* (48). Texas ha promulgado reglas que especifican exactamente donde el revestimiento del pozo deben erigirse, los materiales a utilizar, y cómo se cementa la carcaca y hacen pruebas de presión. (49).

8) Establecimiento de un régimen sancionador y de daños punitivos específico. Mas allá de la clásica incautación de los beneficios obtenidos por la infracción, en fracturación hidráulica deben contemplarse sanciones ejemplares cifrables en millones de euros más allá de la preceptiva incautación del beneficio ilícitamente obtenido. La tolerancia debe ser cero con las empresas irresponsables. Esto último debiera ser acompañado por la modificación del Código penal que no está manos de las Comunidades Autónomas. Resulta difícil pensar no sean calificados como delito ecológico incidentes relacionados con la industria del *fracking*.

La legislación más avanzada de los Estados de la Unión muestra que ésta es la dirección correcta tanto en las iniciativas aprobadas como en las fracasadas. Durante 2014, según la información rescatable a través de las bases de datos de la *National Conference of States Legislatures* (50), se han aprobado las siguientes normas:

— Act No. CT S 237 14-200 de *Conneticut* por la que se prohíbe el almacenamiento o eliminación de residuos *fracking* en el Estado, prohíbe el almacenamiento o disposición en este estado de los materiales producidos como un subproducto de las actividades *fracking*, requiere que el Comisionado de Energía y Protección Ambiental para hacer cumplir estas disposiciones y adoptar reglamentos, y establecerá un cronograma de las sanciones por violaciones.

Están pendientes de aprobación:

— NY S 3262014 de New York, que requiere un estudio de impacto sísmico relacionada con la fractura hidráulica.

— NY A 2908 2014 de New York, por la que se prohíbe el uso de soluciones *fracking* tóxicos durante el fracturamiento hidráulico.

— NV BDR 438 2014 de Nevada, que revisa las disposiciones que regulan el *fracking* para restringir *fracking*, requieren regulación de *fracking* únicamente por la División de Protección del Medio Ambiente, y hacer otros cambios.

(48) ESPÓSITO (2013: p. 186)..

(49) *Ibidem*.

(50) <http://www.ncsl.org/>.

Entre las que han fallado destacan —es fácil ver la larga mano de lobby industrial—:

- WV H 2066 2014 de *West Virginia*, que requería la publicación de las hojas de datos de material de seguridad y la documentación de los componentes del fluido de fracturamiento hidráulico.
- MA HD 6522014 y 2015 de *Massachusetts*, relativa a las aguas residuales producidas en la fracturación hidráulica.
- MI S 1034 2014, 2015 y MI H 57742014, de Michigan que prohíben eliminación de los residuos radiactivos *fracking* en los vertederos.

El título del presente trabajo además de una malvada ironía sugiere que nos encontramos ante un dilema y a la vista de lo ya expuesto creo que debe clarificarse cuál es éste. Una sociedad con cinco millones de parados es una sociedad fallida en un Estado fallido. Tenemos la tormenta perfecta: un alto nivel de desempleo, un alto nivel de precariedad laboral y bajos salarios — *Price Water House Cooper* acaba de fijar 2030!!!! como la fecha en la que recuperaremos las tasas de empleo previas a la crisis—. Dos generaciones sin futuro. Jóvenes sin esperanza de inserción en el mercado laboral muchas veces con sobretitulación; mayores de 50 sin expectativa. ¿Quién va a contratar a un mayor de cincuenta en esta economía ciega ante las personas? Un Estado con cinco millones de parados es un Estado fallido. *Pero ello no justifica abatir los controles ambientales y sacrificar el medio ambiente.*

Es obvio que necesitamos de manera urgente revertir el desempleo y la situación de injusticia y abismo social al que avoca. Ante las circunstancias jurídicas y fácticas descritas, soy por ello partidario de esta industria sometida a férreos controles ambientales y regulando zonas de exclusión. Esto dista mucho de cantar «*fracking USA*», porque es cambiar totalmente la letra de la canción. Quien sea partidario de su veto —obviamente en la legislación básica estatal, pues como dice la STC 106/2014, de 24 de junio (f.j. 8), la prohibición absoluta e incondicionada de una determinada técnica de investigación y explotación de hidrocarburos no puede decidirse por una Comunidad Autónoma— debe proponer al propio tiempo las actividades alternativas que generen idéntico nivel empleo y seguridad energética. Porque los discursos de salón no reducen la lacra que el paro supone para nuestra sociedad ni otras posibles amenazas que se atisban en el horizonte que pueden comprometer la independencia energética de España —o lo que es lo mismo, la independencia de nuestra Nación—.

BIBLIOGRAFÍA ESPECÍFICA SOBRE EL FRACKING

- BLIGH Shawna & WENDELBO, Chris (2013): «Hydraulic fracturing: drilling into the issue», en *Natural Resources and Environment*, vol. 27, number 3, pp. 7-12.
- BOQUERA MATARREDONDA, Vicente (2013): «¿Puede el Fracking ser materia de acuerdo local?», en *Cuadernos de Derecho Local* n.º 33, pp. 175-180.
- DANIEL TAILLANT, Jorge, ROELOFFS Anna & HEADEN, Candace (2013): *Fracking Argentina Informe Técnico y Legal sobre la Fracturación Hidráulica en Argentina*, 24 de octubre, 2013, Córdoba, Argentina, Centro de Derechos Humanos y Ambiente & ECOJURE, 102 pp.
- ESPÓSITO, Michel (2013): «Water Issues Set the Pace for Fracking Regulations and Global Shale Gas Extraction» en *Tulane Journal of International and Comparative Law*, N° 22, pp. 167-190.
- FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, Dionisio (2014a): «Aportaciones jurídicas al debate sobre la obtención de gas no convencional mediante la técnica de fractura hidráulica», en *Diario La Ley*, N° 8336, Sección Doctrina, 19 de Junio de 2014, Año XXXV, Editorial LA LEY, LA LEY 3929/2014 (Versión Digital).
- (2014b): «La STC de 24 de junio de 2014 sobre la prohibición autonómica de la fractura hidráulica (fracking) y la indudable reafirmación de las competencias del Estado» en *Diario La Ley*, N° 8358, Sección Tribuna, 21 de Julio de 2014, Año XXXV, Editorial LA LEY, pp. 9-10, LA LEY 4712/2014.
- (2014c): «Regulación de la obtención de gas no convencional mediante la técnica de fractura hidráulica: situación en la Unión Europea y en España», en *Revista Vasca de Administración Pública*, n° 99-100, Vol. 2, pp. 1331-1351.
- GARRIDO DE LAS HERAS, Santiago & ANTÓN VEGA, David (2014): «El reparto de competencias en materia de hidrocarburos: la sentencia del Tribunal Constitucional sobre el uso de la técnica de fracking», en *Diario La Ley*, ISSN 1138-9907, N° 8401. LA LEY 7136/2014 (Versión Digital).
- GHOSHRAJ, Saby (2013): «Charting the future trajectory for fracking regulation: from environmental democracy to cooperative federalism», en *Thurgood Marshall Law Review*, n° 38, pp. 199-239.
- HALL, Keith B. (2013): «When do State oil and Gas Mining statutes preempt Local Regulations», en *Natural Resources and Environment*, vol. 27, number 3, pp. 13-15.
- HEINBERG, Richard (2014): *Fracking: el bálsamo milagroso: la falsa promesa del fracking hace peligrar nuestro futuro*, Barcelona, Icaria, 2014, 184 pp.
- HOLLOWAY, Michael D., and RUDD, Oliver (2015): *Energy Sustainability: Fracking: The Operations and Environmental Consequences of Hydraulic Fracturing*. Somerset, NJ, USA: John Wiley & Sons, Salem, Massachusetts 2013. ProQuest ebrary. Web. 7 January 2015.

- HOOKE, Thomas (2012): «Zoning out fracking: zoning authority under new york state's oil, gas and solution mining law», en *Fordham Urban Law Journal*, n° 40, pp. 869-914.
- JIMÉNEZ HERNANDIS, Juan (2013): «¿Puede el Fracking ser materia de acuerdo local?», en *Cuadernos de Derecho local*, ISSN 1696-0955, Número 33, pp. 175-180.
- LEITER, Amanda C. (2014): «Fracking as a federalism case study», en *University of Colorado Law Review*, n°. 85, pp. 1123-1131.
- MOREU CARBONELL, Elisa (2013): «Marco jurídico de la extracción de hidrocarburos mediante fractura hidráulica (fracking)» en *Revista Catalana de Dret ambiental*, Vol. III Núm. 2 (2012), pp. 1-43.
- (2014): «La STC de 24 de junio de 2014 sobre la prohibición autonómica de la fractura hidráulica (fracking) y la indudable reafirmación de las competencias del Estado», en *Diario La Ley*, N° 8358, Sección Tribuna, 21 de julio de 2014, Año XXXV, Editorial LA LEY, LA LEY 4712/2014 (versión digital).
- RAWLINS, Rachael (2013): «Planning for fracking on the barnett shale: urban air pollution, improving health based regulation, and the role of local governments», en *Virginia Environmental Law Journal*, núm. 31, pp. 226-306.
- (2014): «Planning for fracking on the barnett shale: soil and water contamination concerns, and the role of local government», en *Environmental Law*, n° 44, pp. 135-199.
- DE SADELEER, Nicolas (2000): «Le principe de précaution: du slogan à la règle de Droit», en *Droit de l'environnement*, núm. 77, avril , pp. 14-15.
- SÁNDEZ ARANA (2014): *La fracturación hidráulica en la Unión Europea: estado de la cuestión*, documento Marco del Instituto Español de estudios Estratégicos, 18/2014, de 3 noviembre de 2014 en http://www.ieee.es/Galerias/fichero/docs_marco/2014/DIEEEM18-2014_FracturacionHIdraulica_SandezArana.pdf.
- SANCHÍS JIMÉNEZ, Juan, SANCHÍS MOLL, Juan Luis (2013): Informe técnico: «Fracturación hidráulica (Fracking) y sus potenciales consecuencias, en el medio ambiente», en *Cuadernos de derecho local*, ISSN 1696-0955, Número 33, pp. 181-187.
- SANTAMARÍA ARINAS, René Javier (2014): Las claves jurídicas del debate sobre el fracking, en *Revista Catalana de Dret ambiental*, Vol. V, Núm. 1 (2014), pp. 1-38
- ÚBEDA ARÉVALO, José Vicente (2013): «Informe técnico: Fracturación hidráulica (Fracking) y sus potenciales consecuencias en el medio ambiente», en *Cuadernos de Derecho Local*, n.º 33. octubre, 2013, p. 181-187.

- VV.AA. (2000): *Le principe de précaution*, número especial 2000 en *Revue Juridique de l'environnement*, Société Française pour le Droit de l'Environnement (SFDE) STRASBOURG CEDEX.
- VV.AA. (2001) *Les principes généraux du Droit de l'environnement*, en *Droit de l'environnement*, núm. 90 (número spécial), août 2001, Société Française pour le Droit de l'Environnement (SFDE) STRASBOURG CEDEX.
- VV.AA. (2013): *Gas no convencional en España, Una oportunidad de futuro*, Consejo Superior de Colegios de Ingenieros de Minas, Dir. CÁMARA RASCÓN, Ángel & PENDÁS FERNÁNDEZ, Fernando, disponible en http://ingenierosdeminas.org/documentos/130312_informe_gas.pdf.
- WARNER, Barbara & SHAPIRO Jennifer (2013): «Fractured, Fragmented Federalism: A Study in Fracking Regulatory Policy», en *Publius: the journal of federalism*, ISSN 0048-5950, Vol. 43, N.º. 3 (ejemplar dedicado a: The Annual Review of Federalism), pp. 474-496.

CAUSALIDAD PROBABILÍSTICA, INCERTUMBRE CAUSAL Y RESPONSABILIDAD SANITARIA: LA DOCTRINA DE LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD(*)

MARÍA JESÚS GALLARDO CASTILLO

SUMARIO: I. APROXIMACIÓN AL CONCEPTO.– II. LOS ELEMENTOS CONFIGURADORES DE LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD: LA CUESTIÓN DEL «DAÑO» INDEMNIZABLE Y LA PRETENDIDA RELACIÓN DE CAUSALIDAD.– III. SUPUESTOS ESPECÍFICOS DE PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD EN EL ÁMBITO DE LA RESPONSABILIDAD SANITARIA: 1. Error en el control ecográfico gestacional y en diagnósticos prenatales: la doctrina del *wrongful birth* o *wrongful life* (nacimiento injusto o vida injusta). 2. Retraso y error en el diagnóstico. 3. Ausencia de consentimiento informado.– IV. LA ESPINOSA CUESTIÓN DE LA NATURALEZA DE LA INDEMNIZACIÓN Y DE LA CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO: 1. La naturaleza de la indemnización por pérdida de oportunidad. A) La pérdida de oportunidad no es un daño moral. B) La pérdida de oportunidad no es lucro cesante. 2. La cuantificación del daño.– V. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: La llamada doctrina de «la pérdida de oportunidad» o «pérdida de la chance», de creación doctrinal y jurisprudencial, ha contribuido a aminorar las carencias existentes en materia de indemnización ante los supuestos en que no existe certidumbre del resultado final en caso de no haber mediado mala praxis. Sin embargo, son muchos los aspectos que carecen de respuesta: cuál es el daño y cuál es su naturaleza, si se requiere o no relación de causalidad entre la actuación u omisión del profesional médico y el daño producido así como su posible cuantificación. Por ello el objetivo de este trabajo es clarificar estos aspectos y hacerlo a la luz de las aportaciones doctrinales más relevantes y de la reciente jurisprudencia.

Palabras clave: responsabilidad profesional médica; pérdida de oportunidad; mala praxis; cuantificación del daño.

ABSTRACT: *The doctrinal and jurisprudential reation of the «loss of a chance» concept has helped mitigate the existing shortcomings regarding compensation of defects of praxis cases where there is uncertainty of the final result if not been for malpractice. However, many aspects lacking answer: what is the damage and what is its nature, if required or no causal link between the act or omission of healthcare and damage and*

(*) Trabajo recibido en esta REVISTA el 15 de octubre de 2015 y evaluado favorablemente para su publicación el 30 de octubre de 2015.

its possible quantification. Therefore the aim of this paper is to clarify these issues and do so in light of the most important doctrinal contributions and recent case law.

Key words: medical liability; loss of a chance; malpractice; compensation payouts.

I. APROXIMACION AL CONCEPTO

Como es bien sabido, las expresiones «oportunidad» o «chance» son términos alusivos a la idea de «probabilidad» o «expectativa», siendo su denominador común la posibilidad de que un sujeto parta de una situación en la que ostenta la posibilidad —igualmente probable pero también igualmente incierta— de obtener el aumento de un beneficio o la disminución de un perjuicio. Por ello, la doctrina de la pérdida de oportunidad parte de la concurrencia de un comportamiento antijurídico realizado por un tercero distinto a la propia víctima que interfiere en el curso normal de los acontecimientos de tal forma que consigue frustrar aquellas expectativas. Ello en el bien entendido de que, de una parte, las posibilidades han de contar con cierta solvencia o seriedad, esto es, que no sean demasiado hipotéticas, y, de otra, la frustración o pérdida ha de referirse derechamente a la oportunidad misma y nunca a su objeto, cual es la ventaja que se esperaba conseguir. A *sensu contrario*, las probabilidades especialmente inciertas, improbables, efímeras o que cuenten con escasos o nulos elementos con que sustentar ciertas garantías de éxito no cubren el grado suficiente que permita entender que se ha producido un daño que merezca ser resarcido. En consecuencia, ha de tratarse de una situación potencial —y, en este sentido, hipotética e incierta— pero rodeada de unas características de idoneidad de alcanzar el resultado pretendido.

Pero jurídicamente la doctrina de la pérdida de oportunidad es más que eso: se trata de un mecanismo de facilitación probatoria, en donde existiendo incertidumbre causal y pese a no existir una conexión directa entre la acción u omisión y la producción del daño se atribuye a la actuación de un tercero la privación a la víctima de las expectativas con que contaba. Esta distribución dinámica de la carga de la prueba, como es bien sabido, reparte la necesidad de probar los hechos relevantes en el proceso de manera no preestablecida e inflexible, de tal modo que podrá determinarse en cada momento del proceso quién está en mejores condiciones de probar tal o cual extremo de los hechos, lo que permite corregir el desequilibrio en el cual suele encontrarse la víctima en estos casos. Los Tribunales no son ajenos a esta realidad y, por ello, en estas circunstancias va abriéndose camino la tesis de no hacer recaer exclusivamente sobre la parte perjudicada la carga absoluta de la prueba, a menos que se corra el riesgo de dejarla indefensa por la dificultad de cumplir en su rigor con las exigencias probatorias.

Si trasladamos estas consideraciones al ámbito sanitario podemos afirmar que el paciente no estaría cubierto por todas las exigencias del *onus probandi* que, en principio, habría de corresponderle, sino sólo por aquellos elementos fácticos sobre los que le es posible alcanzar un nexo de probabilidad que le permite conectar el hecho acontecido con la presunción de incumplimiento de la *lex artis* o bien de la relación de causalidad, lo que no constituye óbice para obtener un resultado estimatorio de su pretensión indemnizatoria. Y ello es así porque, al igual que el resto de los mecanismos paliativos de la carga de la prueba en la reclamación por daños, el recurso a la doctrina de la pérdida de oportunidad viene auspiciado, en aplicación de los principios *favor victimae* o *pro damnato*, por una suerte de justicia material en aquellos casos en que se deduce que la víctima ha sufrido un daño que no debía soportar en relación con la situación inicial de la que partía. Pero, insisto, esta afirmación no se desprende de una relación causal completa y acabada en sus primigenias y rigurosas exigencias, sino más bien por un razonamiento a *sensu contrario*, entre «el hipotético comportamiento diligente que hubiera impedido la pérdida de oportunidad y la no producción del daño». Por ello se afirma que «esta conexión hipotética entre el comportamiento adecuado y la no producción del daño conduce a una causalidad aleatoria entre la acción u omisión médica y el daño: un hecho cierto ha hecho perder a la víctima de un daño cierto una oportunidad hipotética de su no producción» (1), lo que, desde luego, no deja de ser un terreno peligroso, ya que es muy difícil señalar la frontera que separa el grado de aleatoriedad que se va a asumir en el contexto del daño reparable y el que no se puede aceptar porque afecta a la esencia de la realidad del daño (2). En consecuencia, el recurso a la doctrina de la pérdida de oportunidad resulta oportuno en los casos en que se ha producido un daño que es cierto pero que, al propio tiempo, no resulta descartable que se hubiera producido igualmente sin la irrupción de la acción u omisión de un tercero. Por eso, esta doctrina no deja de ser cuestionable en su aplicación práctica, ya que contradice un postulado básico del derecho de daños en el que se exige para incurrir en responsabilidad que alguien haya ocasionado el daño, no alguien del que sólo se sabe que pudo causarlo (3). En el ámbito sanitario nos encontraríamos con esta situación cuando resulta probable que la acción u omisión del facultativo (por ejemplo, el error o el retraso en el diagnóstico) haya contribuido a la producción del daño; pero no pudiendo asegurarse tal aseveración sin género de duda, podría afirmarse, simultáneamente, que el daño se hubiera producido de igual forma pese a que se suprima del curso causal tales acciones u omisiones. En definitiva, es consustancial a la doctrina

(1) LUNA YERGA, A. (2005: 4).

(2) VICENTE DOMINGO, E. (2007: 260).

(3) ASENSI PALLARÉS, E. (2013: p. 233).

de la pérdida de oportunidad la incertidumbre, el carácter aleatorio, lo incierto de la producción del daño y de su causación y, junto a ello, la probabilidad en forma de posibilidad cierta de haber podido obtener un resultado de no haberse producido aquella interferencia (4). La oportunidad o posibilidad de obtener un resultado no puede ser, por definición, nunca una certeza de conseguirlo. Y es que —aquí está el *quid* de la cuestión— lo esencial no es tanto el resultado final —aleatorio e incierto— como la certeza de haber perdido para siempre la posibilidad de incidir en él —en forma de beneficio o de disminución de perjuicio— y con ello, su desaparición del patrimonio (5) de la víctima en tanto que, tal y como se analizará después, no tendrá nueva oportunidad de obtenerlos. Se produce así una situación de coexistencia de un elemento de certeza y un elemento de incertidumbre. Lo primero en cuanto que de no haber interferido en el curso causal de los acontecimientos la acción de un tercero, la víctima habría conservado la oportunidad o chance de obtener un beneficio o de evitar una pérdida o perjuicio. Lo segundo, en cuanto a que, aún sin la interferencia del tercero y, por tanto, aun manteniéndose incólume la situación, no puede garantizarse a ciencia cierta que el resultado final no se hubiera producido, puesto que, si así fuera, ya no estaríamos en presencia de una «pérdida de oportunidad» sino ante un supuesto de responsabilidad patrimonial con derecho a una indemnización plena.

De acuerdo con esta concepción «la doctrina de la pérdida de oportunidad se emplea en supuestos de estricta incertidumbre causal», de manera que no deben catalogarse como «pérdida de *chance*» ni los eventos en los cuales sí existe la razonable certeza de que el agente dañoso provocó el daño —pues allí estará demostrada la causalidad en virtud de que la alta probabilidad da lugar a la aludida razonable certeza y el daño sufrido en tales circunstancias no es la pérdida de la probabilidad sino la desaparición de la ventaja o provecho esperado, luego la íntegra reparación será lo jurídicamente procedente—, ni aquellos supuestos en los que las probabilidades de que así hubiere ocurrido

(4) Como bien afirma TRIGO REPESAS, F.A. (1999), citado por GALÁN CORTÉS, J.C. (2005: p. 343), «la pérdida de oportunidad o chance constituye una zona gris o limítrofe entre lo cierto y lo incierto, lo hipotético y lo seguro; tratándose de una situación en la que media un comportamiento antijurídico que interfiere en el curso normal de los acontecimiento de forma tal que ya no se podrá saber si el afectado por el mismo habría o no obtenido una ganancia o evitado una pérdida de no haber mediado aquél; o sea que para un determinado sujeto había probabilidades a favor y en contra de obtener o no cierta ventaja, pero un hecho de un tercero le ha impedido tener la oportunidad de participar en la definición de esas probabilidades».

(5) La cuestión no es baladí. Como bien afirman OSTERLUNG PAROLDI, F. y REBAZA GONZÁLEZ, A. (2002: pp. 8 y 9), una vez generada la chance de acceder a un determinado beneficio patrimonial, dicha chance se incorpora como un activo del patrimonio del sujeto. Este activo tiene un valor, en cuanto es potencialmente susceptible de generar un beneficio futuro; de ahí que su destrucción por un hecho de tercero genere la obligación de indemnizar.

resultan insignificantes —pues la escasa probabilidad da lugar a que la víctima no tenga derecho a indemnización alguna—; por consiguiente, sólo hay lugar a la aplicación de la figura de la pérdida de chance (...) cuando el coeficiente de probabilidades de que el agente dañoso fuera causante rebasa un mínimo despreciable y no llega a la alta cota que lleva a hacer coincidir el daño ocasionado con la pérdida de la ventaja frustrada» (6).

II. LOS ELEMENTOS CONFIGURADORES DE LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD: LA CUESTIÓN DEL «DAÑO» INDEMNIZABLE Y LA PRETENDIDA RELACIÓN DE CAUSALIDAD

Como en todo supuesto de responsabilidad patrimonial, una de las condiciones necesarias —aunque no suficiente— es el hallazgo del daño, entendido éste como todo detrimento patrimonial o menoscabo de todo interés que integra la esfera del actuar lícito de un sujeto. En los supuestos de pérdida de oportunidad, según lo que acaba de afirmarse, el daño es la «chance», la oportunidad misma, entendida como la posibilidad de un beneficio probable y futuro. Por tanto, el daño no aparece constituido por el resultado final (ej. empeoramiento de la salud) sino por la frustración misma de la esperanza probable (ej. de curación o de mejorar). En expresión de TRIGO REPRESAS (7), la oportunidad misma que se pierde es, pues, un daño cierto en grado de probabilidad. Por ello, el daño no es la lesión finalmente producida sino la mera frustración de las posibilidades de alcanzar el resultado pretendido. Como afirma ZAVALA DE GONZÁLEZ (8) «la pérdida de oportunidad constituye, entonces, una particular modalidad de daño caracterizada porque en ella coexisten un elemento de certeza y otro de incertidumbre: la certeza de que en caso de no haber mediado el hecho dañino el damnificado habría conservado la esperanza de obtener en el futuro una ganancia o de evitar una pérdida para su patrimonio y la incertidumbre, definitiva ya, en torno de si habiéndose mantenido la situación fáctica y/o jurídica que constituía presupuesto de la oportunidad, realmente la ganancia se habría obtenido o la pérdida se hubiere evitado; expuesto de otro modo, a pesar de la situación de incertidumbre, hay en este tipo de daño algo actual, cierto e indiscutible consistente en la efectiva pérdida de la probabilidad de lograr un beneficio o de evitar un detrimento; no ofrece lugar a la menor hesitación que «esa oportunidad está definitivamente perdida, la situación es irreversible y la ‘carrera’ de concatenación causal y temporal hacia la ventaja se ha detenido de manera inmodificable. Hay un daño cierto sólo desde el

(6) Cfr. MEDINA ALCOZ, L. (2007: p. 88).

(7) TRIGO REPRESAS, F.A. (2008: p. 263).

(8) ZAVALA DE GONZÁLEZ, M. (1990: p. 274)

punto de vista de la certeza de la probabilidad irremediablemente truncada. Esa probabilidad tenía un determinado valor, aunque difícil de justipreciar, que debe ser reparado».

En consecuencia, la efectividad del daño se concreta en la certeza de la oportunidad con que se contaba de no haber interferido en ella el demandado, y junto a ello, la imposibilidad definitiva (9) de obtener en un futuro la situación de ventaja sobre la que se sustentaba la oportunidad que ha de darse por perdida. Esto es, «para un determinado sujeto había probabilidades a favor y probabilidades en contra de obtener o no una cierta ventaja patrimonial, pero un hecho cometido por un tercero le ha impedido tener la oportunidad de participar en la definición de esas probabilidades» (10). Como bien afirma MEDINA ALCOZ, «la oportunidad perdida es una *chance* inexorablemente sacrificada, una ocasión irremediablemente frustrada, una posibilidad que el agente dañoso, con su actuación, ha mutilado definitivamente, una oportunidad de la que la víctima gozaba inicialmente y que resulta cerrada irreversiblemente» (11). Dicho en otros términos: no se trata de una ventaja fundamentada en una simple esperanza, sino que ha de probarse que ya no es posible obtenerla. En este sentido, la pérdida de la oportunidad, para ser considerada como daño cierto, ha de ser un daño presente y no futuro.

La pérdida de oportunidad se configura así como una figura alternativa a la quiebra de la *lex artis* que permite dar una respuesta indemnizatoria en los casos en que tal quiebra no se ha producido y, no obstante, concurre un daño anti-jurídico consecuencia del defectuoso funcionamiento del servicio. Sin embargo, en estos casos, el daño no es el material resultante y correspondiente al hecho acaecido (empeoramiento de la enfermedad, agravación de sus condiciones o fallecimiento), sino la incertidumbre en torno a la secuencia que hubieran tomado los hechos de haberse seguido en el funcionamiento del servicio otros parámetros de actuación, en suma, la posibilidad de que las circunstancias concurrentes hubieran acaecido de otra manera. En la pérdida de oportunidad hay, pues, una cierta pérdida de una alternativa de tratamiento, pérdida que se asemeja en cierto modo al daño moral y que, por ello, en estos casos se convierte en el concepto indemnizable [STSJ de Galicia de 23 de enero de 2008 (12)].

(9) Este requisito es de pura lógica, pues si la situación no fuera irreversible y, por tanto, si cupiera la posibilidad de que en un futuro pudiera obtenerse el beneficio o la disminución del perjuicio que se pretendían, no estaríamos en presencia de un perjuicio actual, cierto y efectivo, sino de un perjuicio eventual e hipotético, que, como bien se sabe, no resultaría resarcible, no ya sólo por esta circunstancia sino porque ni siquiera existiría el daño en el sentido más arriba expresado, esto es, no se habría perdido la oportunidad alguna.

(10) CAZEUX, P. (1981: pp. 23 y 24).

(11) MEDINA ALCOZ, L. (2009: p. 42).

(12) JUR 2008\356738; Recurso 732/2005.

Esta doctrina alude en su fundamento y espíritu a injustificadas omisiones en fase de diagnóstico de medios personales y materiales de que se disponga, cuando, sin poderse afirmar con categórica rotundidad que los sufrimientos innecesarios producidos, muerte o las secuelas irreversibles se hubieran podido evitar de haberse seguido protocolos más adecuados al estado de la ciencia a la sazón, sí se puede aseverar que se ha privado a aquél de posibilidades, expectativas u oportunidades efectivas de éxito al no instaurarse el adecuado y temporáneo tratamiento diagnóstico clínico o terapéutico [STSJ de Castilla-La Mancha de 26 de diciembre de 2006 (13)]. Obviamente en este caso el grado de convicción de la prueba de la relación de causalidad se revela factor determinante para el éxito de la reclamación y la cuantía indemnizatoria estará en función de que se hayan acatado o no los protocolos quirúrgicos o clínicos de aplicación, puesto que, de una parte, la indemnización habrá de acomodarse a las circunstancias de cada caso [STSJ de 14 de mayo de 2007 (14)] y de otra, es evidente que no se trata aquí de indemnizar el padecimiento que el paciente sufría al momento de reclamar atención médica, sino sólo y exclusivamente la privación de las posibilidades o expectativas de curación que se tenían en tal momento.

De la amplia —y casuística— Jurisprudencia dictada en aplicación de esta doctrina, cabe deducir los siguientes requisitos de cuya concurrencia depende en gran medida el éxito de la reclamación:

- a) Que exista, de acuerdo con las máximas de experiencia, una probabilidad suficiente de mejora o de curación del padecimiento en el supuesto de haber recibido la adecuada asistencia sanitaria.
- b) Que el daño se haya producido, es decir, que tenga carácter cierto, y no sea meramente eventual, hipotético, futuro o un mero temor a sufrirlo con posterioridad.
- c) Que se haya producido una infracción de la *lex artis*, que evidencie *mala praxis* o actuación contra protocolo, bien de otros extremos, como pueda ser una sintomatología evidente e indicativa de que se actuó incorrectamente o con omisión de medios, de tal forma que permita fundar una alta probabilidad causal con la disminución de las posibilidades de curación o de salvar la vida.
- d) Que no exista relación causal entre la acción u omisión del facultativo y el resultado final producido, de tal forma que no pueda verificarse con certeza si dicho resultado se hubiera podido producir aunque no hubiera concurrido *mala praxis* del agente. En otros términos: ha de darse incertidumbre causal, en el bien entendido de que no

(13) JUR 2007\251072; Recurso 792/2002.

(14) JUR 2007\278672; Recurso 13/2004.

pueda acreditarse que de haber funcionado correctamente el servicio se habría logrado la curación o la mejoría del paciente, pero sí que contaba con una posibilidad seria y real de que así sucediera (15).

Algunos supuestos enjuiciados por nuestra Jurisprudencia contenciosa-administrativa son paradigmáticos de lo que se acaba de afirmar. En el proceso que dio lugar a la STSJ de Madrid de 24 de octubre de 2007 (16), la reclamante, que padecía miopía magna, se vio privada del tratamiento adecuado en el momento en que debió recibirlo, lo que provocó que la enfermedad progresara hasta el punto en que el tratamiento ya no tenía utilidad. Consecuencia de lo cual perdió prácticamente la visión útil del ojo, lo que, según queda acreditado en autos, se podía haber evitado en un alto porcentaje si se hubiera actuado correctamente. La sentencia reconoce que no es apreciable *mala praxis* pero sí una tardanza injustificada en aplicar el tratamiento correctamente prescrito, lo que no constituye «la causa de la pérdida de visión en el ojo izquierdo que padece —evolución natural de la enfermedad—, sino la pérdida de oportunidad de haber retrasado en el tiempo la escasa AV del ojo izquierdo que, en todo caso, acabaría padeciendo la demandante». La sentencia, no obstante, calificó la lesión sufrida por consecuencia de esa pérdida de oportunidad como daño moral (lo que, como después se razonará, no es acertado), al tratarse de una pérdida de expectativa, puesto que el resultado se hubiera producido igualmente, «si bien podría (tampoco era seguro) haberse retrasado en el tiempo».

Especialmente reveladora fue la STS de 7 de marzo de 2007 (17). Los hechos que dieron lugar a la misma son los siguientes: el paciente tenía 31 años y acudió al Centro de Salud aquejado de dolor de tórax y sin que este dolor se relacionara con ninguna lesión previa ni con esfuerzo físico alguno.

(15) En este sentido, afirma GARCÉS-GARRO RANZ, M. (2014: pp. 7 y 8), que «al hablar de pérdida de oportunidad siempre hablamos de una representación «ideal» de los acontecimientos: suponemos que el agente dañoso ha distorsionado el curso ordinario de las cosas, sin que se disponga de elementos de juicio con los que apreciar si la víctima, en cualquier caso, hubiera sufrido o no el daño. (...) De ahí que doctrinalmente para algunos la definición de pérdida de oportunidad pueda considerarse una «mentira técnica» ya que tradicionalmente venía a exigirse la exigencia de un nexo causal entre el hecho y el daño producido, de tal modo que sólo cabía hablar de una causalidad, con una cualidad de certera, como elemento esencial para la obtención de una indemnización, pero a través de la teoría de la pérdida de oportunidad se abre la puerta a la incertidumbre causal como una vía posible a la obtención de un resarcimiento ya que la causalidad podría ser no certera, pero sí probable o posible: se trataría del supuesto clásico del retraso en una intervención médica en el que no podemos tener la seguridad, sin temor a error de que la muerte fuera consecuencia certera de dicho retraso, pero sí que podemos barajar tal circunstancia como posible o probable, sin que la ausencia de certeza excluya por tanto el deber de indemnizar».

(16) JUR 2008\102786; Recurso 1221/2004.

(17) RJ 2007\953; Recurso 5286/2003.

Realizado el reconocimiento, los facultativos no apreciaron patología alguna y dieron de alta al paciente, quien falleció consecuencia de un infarto de miocardio minutos antes al regresar a su domicilio. En este caso la pérdida de oportunidad vino dada por una obvia interpretación incorrecta del electrocardiograma, lo que determinó que no se pusieran los medios de tratamiento adecuados al padecimiento que aquél sufría y por el que había acudido al centro hospitalario. La sentencia permite el planteamiento de algunas cuestiones de interés. En primer lugar, ¿qué es lo reprochable en este caso?, ¿el fatal resultado o la indebida aplicación de medios para evitarlo? Obviamente lo segundo, por cuanto ello supuso una pérdida de oportunidad de evitar el fallecimiento. En segundo lugar, en relación a la carga de la prueba, la sentencia afirma que no corresponde a la reclamante (esposa del fallecido) probar que el tratamiento adecuado, que hubiese debido seguirse de haberse realizado un diagnóstico acertado, hubiese concluido con éxito salvando la vida del paciente, puesto que obviamente nos movemos en el plano de las probabilidades y en el ámbito de medicina necesaria (también llamada asistencial o curativa) en que la obligación lo es de medios y no de resultado. El *quid* de la cuestión se encuentra, pues, precisamente en que los medios empleados no fueron los adecuados y que la mala praxis médica era evidente. Ante tal tesitura «hubiera incumbido a la Administración probar que con independencia del tratamiento seguido, se hubiese producido el fatal desenlace por ser de todo punto inevitable, prueba que no se ha practicado en el caso de autos». Ello determinó el derecho a indemnización y ello con entera independencia de «que no se sepa en el presente caso cuáles hubieran sido las consecuencias de dicho tratamiento», si bien procede indemnizar no como erróneamente había afirmado el Tribunal *a quo* «por una simple posibilidad, sino por el efectivo fallecimiento».

Similar solución ofrece la STSJ de Madrid de 4 de mayo de 2012 (18) que invoca expresamente el principio de facilidad probatoria afirmando que las exigencias del *onus probandi* han de moderarse en estos casos, tomando en consideración las dificultades que en cada caso concreto haya encontrado el recurrente para cumplir con la carga probatoria. Y así, una vez acreditado por el demandante el daño antijurídico —lo que, reconoce la sentencia, lleva implícita la prueba de que la prestación sanitaria no se acomodó al estado de la ciencia o que los Servicios públicos sanitarios no adaptaron los medios a su alcance— y el nexo causal entre éste y la actuación sanitaria, corresponde a la Administración la prueba de que ajustó su actuación a las exigencias de la *lex artis*, por la mayor dificultad del reclamante de acreditar que la Administración sanitaria no ha actuado conforme a las exigencias de una recta praxis médica.

(18) JUR 2012\227159.

III. SUPUESTOS ESPECÍFICOS DE PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD EN EL ÁMBITO DE LA RESPONSABILIDAD SANITARIA

1. Error en el control ecográfico gestacional y en diagnósticos prenatales: la doctrina del *wrongful birth* o *wrongful life* (nacimiento injusto o vida injusta)

Como bien es sabido, la acción *wrongful birth* es la que cabe ejercer por los progenitores de un niño nacido enfermo en reclamación de los daños relacionados con el hecho de tal nacimiento, mientras que la *wrongful life* es la que procede ejercitar al propio niño contra el médico en reclamación de los daños que le suponen el hecho de haber nacido en tales condiciones (19). En ambos casos —a diferencia de lo que ocurre en las acciones de *wrongful conception*—, existe voluntad de concebir, pero dicha voluntad carece de los elementos esenciales para formarse en tanto que se ha hecho sobre la premisa de un diagnóstico erróneo o la ausencia de diagnóstico, por lo que los progenitores se han visto privados de tomar la decisión informada antes del transcurso del plazo legalmente fijado para poder practicar el aborto eugenésico (20).

En cualquier caso, el daño corporal producido en estos casos no tiene causa en un funcionamiento anormal de la actuación médica como ocurre en los supuestos de daños al recién nacido en el curso de un parto por infracción de la *lex artis*. El *quid* de la cuestión en este caso es que el problema congénito no se ha detectado a tiempo para permitir decidir interrumpir voluntariamente el embarazo, o bien el facultativo ha emitido un diagnóstico acertado pero que no ha sido tempestivamente comunicado a los progenitores. En consecuencia, se parte de una *dispraxis* consistente en que, con ocasión de una prestación sanitaria de diagnóstico, omite la información sobre la anomalía que presenta el feto, o emite un diagnóstico erróneo sobre el *nasciturus*, o de los riesgos que amenazarían al *concepturus*, o bien emite una información a los progenitores sobre la inexistencia de riesgos (21).

Lo primero que hay que precisar en este ámbito es la falta de unanimidad en la doctrina en torno a la cuestión de si en estos casos es aplicable o no la doctrina de la pérdida de oportunidad. MARTÍN CASAL y SOLÉ FELIÚ (22) afirman su inaplicabilidad al considerar que la pérdida de oportunidad consiste en la desaparición de la probabilidad de un evento favorable cuando la posibilidad

(19) Nada que ver con las acciones *wrongful conception* o *wrongful pregnancy*, que se ejercitan por los progenitores por daños causados por la concepción no deseada de un hijo sano, debido al resultado fallido de las medidas anticonceptivas adoptadas.

(20) Vid. PAÑOS PÉREZ, A. (2014: pp. 1 a 20).

(21) Vid. ROMERO COLOMA, A. (2009: p. 1).

(22) MARTÍN CASAL, M. y SOLÉ FELIÚ, J. (2002: pp. 1114-1115). En igual sentido, por LUNA YERGA, A. (2005 p. 14).

del mismo aparezca como suficientemente seria, en el bien entendido que «evento favorable para la víctima» es todo aquél que sea aleatorio, casual o que sea producto del azar. En este caso, queda descartado que la materialización del evento pueda depender de la voluntad de la víctima ya que la facultad de interrumpir el embarazo depende de la madre que, como perjudicada, viene a ser el mismo sujeto con facultad para ejercer la demanda (23). Por tanto, para estos autores, al residir la decisión del aborto en la madre y no en evento aleatorio desaparece el elemento «ocasión perdida» respecto del nacimiento y los gastos consiguientes. Sin embargo, en opinión de quien esto escribe, resulta indudable que el error diagnóstico en estos casos impide a los progenitores ejercitar en plazo una facultad legal que ha resultado frustrada cual es el evitar el nacimiento de un hijo afectado gravemente de una deficiencia o de una enfermedad que autoriza legalmente a interrumpir el embarazo y, en este sentido, entiendo que lo relevante no es elucubrar si la madre hubiera ejercitado la facultad de abortar, sino, de una parte, *la pérdida de la oportunidad de decidirlo* (24) y, de otra, que resulta un hecho incontrovertible que se ha producido una *mala praxis* porque nos encontramos ante supuestos de errores en el diagnóstico cuando éste no responde a la realidad (es lo que se ha dado en denominar «falsos negativos») en tanto que manifiestan la ausencia de enfermedad cuando ésta existe, la falta de realización de las pruebas diagnósticas según protocolos, no comunicar el resultado de una prueba o hacerlo extemporáneamente, no informar de los riesgos del alto riesgo de un embarazo o hacerlo de forma insuficiente o la incorrecta realización de determinadas pruebas. Producido cualquiera de estos presupuestos, la acción u omisión del facultativo ha impedido tomar la decisión de ejercitar la facultad de interrupción del embarazo en los casos permitidos por la Ley, lo que, en sí mismo, lesiona el derecho de autodeterminación, y más en concreto, la libertad de libertad de procrear. Desde mi punto de vista, estas circunstancias permiten entroncar estos supuestos con la doctrina de «la pérdida de oportunidad» en donde se produce un problema de verificación de la relación causal. Ciertamente, como bien afirma DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ (25), no se puede afirmar ni que la omisión de la información genérica haya sido la causa del nacimiento del hijo, y mucho menos que haya sido la causante de la malformación (que sí lo sería en los casos de contracepciones fallidas por falta de información suficiente o

(23) Supuesto distinto es el de la acción de *wrongful life*. En él la madre es un tercero respecto del hijo que ejercita la acción y, por tanto, la decisión de abortar o no resulta ajena a la esfera de control de la víctima y, por tanto, concurre el factor de aleatoriedad respecto del resultado, lo que hace que la doctrina de la pérdida de oportunidad resulte plenamente aplicable pues bastaría que el hijo alegara la pérdida de oportunidad si probara que la madre no habría abortado. MARTÍN CASAL, M. y SOLÉ FELIÚ, J. (2002).

(24) Comparte esta misma opinión NAVARRO MICHEL, M. (2006: p. 1651).

(25) DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, G. (2001: p. 6).

de abortos mal practicados). En los casos aquí analizados, se ha frustrado la posibilidad de realizar una nueva prueba de amniocentesis que, *quizá*, podría haber dado a la madre gestante la opción de decidir si deseaba o no continuar con su embarazo. El daño final resarcible en este caso no consiste en el nacimiento del hijo, sino en la pérdida de la posibilidad de someterse a otra prueba médica «que posibilitara el diagnóstico genérico con certeza» y, dependiendo del resultado que hubiera dado, decidir conforme a lo establecido en la Ley. De ahí que nos encontremos en presencia de un supuesto de *curso causal no verificable* y, con ello, en un supuesto de «pérdida de oportunidad».

Centrada así la cuestión, cabe plantearse la naturaleza del concepto indemnizatorio y su cuantía. La jurisprudencia viene considerando que la frustración de la oportunidad con que contaba el sujeto da lugar a la indemnización por daños y perjuicios de carácter moral, el denominado *pretium doloris* [SSTS de 16 de julio de 1984 (26), de 7 de octubre (27) o de 1 de diciembre de 1989 (28)], concepto éste que reviste una categoría propia e independiente de las demás, y que comprende tanto el daño moral como los sufrimientos físicos y psíquicos padecidos por los perjudicados susceptible de generar, entre otros, el impacto psíquico que supone hacerse cargo de un ser discapacitado que nunca previsiblemente podrá valerse por sí mismo y que puede llegar a alcanzar edades medianas y una atención fija y permanente [STS de 6 de junio de 1997 (29)] o el estado de frustración, ansiedad y depresión causado por el nacimiento de un hijo al que creían sano (30).

Teniendo esto en cuenta no puede considerarse como daño moral el derivado del nacimiento inesperado de un hijo, pues, en palabra del TS, «nada más lejos del daño moral, en el sentido ordinario de las relaciones humanas, que las consecuencias derivadas de la paternidad o maternidad» [STS de 30 de junio de 2006 (31)]. Más en concreto, la STS de 4 de noviembre de 2008 (32)

(26) RJ 1984\4231.

(27) RJ 1989\7331.

(28) RJ 1989\8992.

(29) RJ 1997\4610. En ella se analizaba la demanda interpuesta por no haberse comunicado a la madre el fracaso de amniocentesis hasta dos meses después de haber practicado la misma, cuando había transcurrido ya el plazo legal para interrumpir voluntariamente el embarazo, dando a luz a un hijo con síndrome de Down; el Tribunal Supremo condenó al Servicio Valenciano de Salud y a la doctora sustituta a pagar solidariamente a la demandante 50 millones de pesetas (aprox. 300.000 €) en concepto de daños morales y materiales: «Surge en este caso un perjuicio, como es el nacimiento de un ser que padece el S. Down; lo que se hubiera podido evitar dada la disposición de la madre a interrumpir el embarazo dentro de los parámetros normales.»

(30) PAÑOS PÉREZ, A (2014: p. 8).

(31) RJ 2006\6580; Recurso 217/2005.

(32) RJ 2008\5860; Recurso 4936/2004.

se refiere a la situación que plantean aquellos supuestos en que el nacimiento se produce como consecuencia de un embarazo que la madre habría querido evitar y no pudo hacerlo como consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración sanitaria. ¿Cuál es el daño en este caso? La STS de 4 de noviembre de 2008 deja afirmadas dos cosas: de una parte, que no cabe en el ordenamiento español lo que, en terminología inglesa se denomina *wrongful birth o life* (nacimiento injusto o vida injusta). Siguiendo la doctrina tradicional del TS, la sentencia considera que el nacimiento de un hijo no es un daño *per se* (33), pues no hay nacimientos equivocados o lesivos en tanto que el derecho reconocido en el art. 15 CE implica que toda vida humana es digna de ser vivida (34). Y destaca igualmente que los gastos derivados de la crianza de los hijos no constituyen, en principio, un daño, ya que son inherentes a un elemental deber que pesa sobre los padres. Pero, por otra parte, admite que pueda existir un daño moral, si concurren los requisitos necesarios, en el caso de que se hubiese lesionado el poder de la persona de autodeterminarse en tanto que supone la frustración de la decisión sobre la propia paternidad o maternidad, tanto más si se ha producido una falta del adecuado control de la gestación que le hubiera permitido prever las anomalías del feto y optar por la interrupción del embarazo acudiendo al aborto en su indicación eugenésica.

Pues bien, en la Jurisprudencia esta idea es la que ha venido imperando en las sentencias que el TS ha tenido ocasión de dictar a este respecto, tales como las SSTS 4 de febrero de 1999 (35) y de 7 de junio de 2002 (36), que

(33) La STS de 4 de febrero de 1999 (RJ 1999\748) afirma que la doctrina predominante rechaza que el nacimiento en estas circunstancias sea un daño «per se», mientras que otro sector defiende que el daño es la privación del derecho a optar, lo que supone sostener de modo más o menos indirecto, que el daño es el nacimiento.

(34) En cualquier caso, coincido con PANTALEÓN PRIETO, que el juicio sobre si es mejor nacer que no nacer o nacer con taras, es un juicio personalísimo e insustituible, que escapa por completo de la competencia de un tribunal humano, y que éste se tiene que limitar al estudio de los tres elementos necesarios para que la responsabilidad civil proteja el supuesto planteado. PANTALEÓN PRIETO, F. (1988: p. 266).

(35) RJ 1999\748; Recurso 2236/1994. Vid. el comentario que sobre ella hace BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (1999: pp. 841 a 859).

(36) RJ 2002\5216, Recurso 3834/1996. Textualmente declara esta sentencia: «Dice la sentencia de esta Sala de 30 de noviembre de 2001 (RJ 2001\9919) que la determinación del nexo causal no puede fundarse en conjeturas o posibilidades, y aunque no siempre es requisito la absoluta certeza, por ser suficiente (en casos singulares) un juicio de probabilidad cualificada; este juicio corresponde sentarlo al juez de instancia, cuya apreciación sólo puede ser atacada en casación si es arbitraria o contraria a un criterio de legalidad o buen sentido.

Aun detectadas a través de las pruebas pertinentes las malformaciones que presentaba el feto, el evitar que el nacido estuviera afectado por ellas, no está al alcance de la ciencia médica y de los conocimientos de genética actuales, por lo que la presencia del síndrome de Down en el hijo de los actores no es imputable al médico que atendió a la gestante. El establecer una relación de causalidad directa entre el incumplimiento por el codemandado de

acabaron denegando la indemnización reclamada por los padres de una niña que nació con graves malformaciones congénitas que no fueron detectadas con los estudios ecográficos, declarando que la genética está fuera de las posibilidades de evitar el resultado y que no es más que simple hipótesis decir que en caso de ser informada la madre gestante habría tomado la decisión de interrumpir el embarazo. Como bien afirma PACHECO-JIMÉNEZ (37), ahí es donde radica la verdadera dificultad en las demandas de *wrongful birth*: en determinar la relación de causalidad entre el nacimiento y la acción u omisión del médico, que aparece quebrada por la supuesta decisión de la madre de abortar o no. Aquí entra en juego el recurso a los denominados «cursos causales no verificables» o la llamada «causalidad hipotética»: en primer lugar ha de determinarse si la culpa del médico fue la «causa» de que la madre no pudiera abortar; en segundo lugar, se ha de verificar que, si aun habiéndose dado el primer curso causal, y la madre hallarse en posibilidad física y legal de abortar, ésta habría decidido hacerlo. Ante esta situación, algún sector doctrina y parte de la Jurisprudencia defiende que resulta imprescindible que la madre declare que, de haber podido, hubiera optado por interrumpir el embarazo. Particularmente no puedo estar más en desacuerdo con el argumento de este sector doctrinal y de la sentencia referida. ¿Es jurídicamente admisible exigir prueba de la intención de la gestante en caso de haber tenido acceso a la información que, por otra parte, era debida por parte de la Administración? ¿la imposibilidad de verificar tal voluntad exonera a la Administración de aquel deber y de las consecuencias jurídicas de haberlo omitido? Entiendo que no, y en este sentido, coincido plenamente con la consideración que al respecto formula BERCOVITZ (38) cuando afirma que «constituye un daño grave privar de esa posibilidad de opción a la madre, cualquiera que sea la actitud previa existencial, ideológica, religiosa, o las circunstancias familiares, sociales y materiales de aquélla. Nadie puede afirmar en principio cuál sería la reacción

su deber de información de la existencia de pruebas médicas por medio de las cuales apreciar el estado del feto, y la privación a aquélla de su facultad de optar por la interrupción del embarazo, no está basada sino en meras conjeturas, pues como declara probado la sentencia de primera instancia, sin que ello se contradiga por la de apelación «la señora R. en ningún momento quiso abortar»; no existe prueba alguna en autos de la que pueda deducirse que, de haber conocido la gestante el estado del feto, hubiera decidido interrumpir su embarazo. No puede afirmarse, por tanto, que exista una relación directa entre la falta de información por el médico y el que la gestante no optase por poner fin al embarazo mediante el aborto. El hecho de que aquélla manifestase al médico su preocupación, dadas sus condiciones personales, no supone que, de haber conocido que el feto presentaba el referido síndrome, necesariamente se hubiera decantado por la interrupción del embarazo. Al no existir, por tanto, una relación de causa a efecto entre la conducta atribuida al médico demandado y el daño producido, procede la estimación del motivo».

(37) PACHECO-JIMÉNEZ, M^o N. (2011: p. 11).

(38) BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (2002: pp. 857 a 865).

de una determinada persona ante semejante dilema. En verdad no lo podemos saber con certidumbre ni con respecto a nosotros mismos. Cabe hacer meras hipótesis, pero nada seguro. No es posible sustituir la reacción de una persona ante una circunstancia real que afecta intensamente a su vida con hipótesis más o menos razonables. Semejante pretensión se basa en apriorismos carentes de razonabilidad y, por ende, de consistencia. Únicamente quien se encuentra en el trance de tal decisión sabe finalmente cuál va a ser su opción, precisamente en el momento en que la asume, con mayor o menor grado de conciencia. De ahí que no valga, en opinión de quien esto escribe, el razonamiento de la sentencia aquí comentada. No es necesario que la madre alegue su propósito de abortar. Lo importante es que no tuvo ocasión de decidir como consecuencia de la negligencia de la atención médica recibida. No es necesario ni alegar semejante voluntad, ni probarla en base a hipótesis, ni deducir a partir de presunciones, basadas en datos objetivos y conductas anteriores, ese propósito de abortar en el caso de haber conocido las malformaciones del feto. Lo único que cabría aceptar —y tengo reticencias al respecto— sería la prueba contraria, la que viniese a acreditar de forma indubitada que la intención de la madre habría sido en cualquier caso la de no abortar (39). Mis reticencias proceden precisamente de la práctica imposibilidad de alcanzar certidumbre en la materia, habida cuenta de las consideraciones que he expuesto. Tener que alegar o tener que probar la intención de abortar en semejantes casos supone desvirtuar el derecho o facultad de opción de la madre, reduciendo su ámbito y eficacia injustificadamente» (40).

(39) Coincido con VICENTE DOMINGO en que una de las claves para solucionar casos de esta índole puede ser la prueba de que la madre habría optado por la vía del aborto de haber conocido a tiempo los problemas congénitos del hijo que esperaba, en el supuesto de que hubiera solicitado practicarse tal prueba médica —amniocentesis—, pues no es una prueba que sistemáticamente se pida ya que es una punción que entraña riesgos. Esta prueba justificaría la indemnización por la pérdida del derecho de optar o de decidir del aborto. VICENTE DOMINGO, E. (1996: pp. 152 y ss), que afirma que sirve de prueba de la pérdida del derecho de optar en quien se somete a una amniocentesis pues se trata de una prueba que no permite adoptar medidas curativas sino que sólo anticipa el resultado y permite a quien se la hace optar por un aborto.

(40) Es éste el mismo sentir del Voto particular de la citada STS de 4 de febrero de 1999: «La sentencia de esta Sala expone que «es una simple hipótesis decir que en caso de ser informada la madre gestante, habría tomado la difícil decisión de interrumpir el embarazo» y el firmante del voto particular entiende que la oportuna noticia sobre el estado del feto constituía un derecho de aquélla, así como que la privación de la información sobre este particular ha imposibilitado la opción de abortar, la cual, si concurren las condiciones dispuestas en la ley, se integra sin duda como una facultad legal de la gestante, de manera que, cualquiera que hubiera sido la actitud de D^o. R. ante esta problemática, el solo hecho de la privación del derecho indicado afrenta y menoscaba una de las atribuciones incluidas en su fuero personal».

2. Retraso y error en el diagnóstico

Es de común conocimiento que en el ámbito sanitario tan importante es la aplicación del tratamiento adecuado como el que éste se realice a tiempo. Una asistencia sanitaria tardía, un retraso en el diagnóstico o un error en éste pueden suponer, y de hecho suponen en un número importante de casos, una aminoración considerable en las expectativas de vida o de curación del paciente que pueden dar lugar a un supuesto de responsabilidad patrimonial.

El retraso y el error de diagnóstico constituyen supuestos de *mala praxis* susceptibles de dar lugar o no a una pérdida de oportunidad. No dará lugar a ella cuando exista certeza o alto grado de probabilidad de que ello constituya la causa del agravamiento de la enfermedad o del fallecimiento del paciente, o, lo que es lo mismo, cuando existen elevadas posibilidades de curación. En estos casos procede indemnizar íntegramente el daño final acontecido. Si, por el contrario, la certeza lo es acerca de su reverso, es decir, que el resultado final hubiera sido el mismo, con o sin error o retraso en el diagnóstico, de tal forma que estas circunstancias han carecido de trascendencia respecto del resultado que, en cualquier caso, se hubiera producido, no procede indemnización alguna, pues la causa del daño ha sido la propia enfermedad que ya se padecía. Sólo si el error o retraso de diagnóstico se produce en un entorno de una probabilidad seria de que ha producido el agravamiento o el fallecimiento o se han privado de tiempo de supervivencia, generará derecho a indemnización por pérdida de oportunidad. La Jurisprudencia del TS, sin embargo, se ha mostrado proclive a estimar las demandas de responsabilidad por el resultado acontecido cuando el error se ha producido tras omitir la práctica de las pruebas pertinentes, y ello aún en el supuesto en que no resultara probado que, de haberse realizado se hubiera evitado el resultado dañoso. La causalidad mal se aviene con la omisión y por ello se termina por tener que suponer una causalidad hipotética (41). Pese a ello, entiende el TS que en estos casos que existe relación causal desde el momento en que no se ha realizado la prueba que hubiera permitido emitir el diagnóstico preciso (42). Ahora bien,

(41) SALVADOR CODERCH, P. (2002: p. 13).

(42) A título de simple referencia puede citarse la STS de 23 de febrero de 2009 (RJ 2009\1147) que resuelve un asunto de asistencia sanitaria indebida por el retraso y la tardanza que dieron lugar a «la desproporción y la desmesura del resultado» en una afección que ni era extraña ni excepcional. El paciente había acudido a los servicios sanitarios, aquejado de una «colecistitis aguda, que se acompaña de dolor intenso y de síntomas digestivos», lo que, según la sentencia, «es una causa muy frecuente de consultas de urgencia y de cirugía en adultos. No obstante — aquí surge el segundo dato— y pese a contar con antecedentes por epigastralgias (tres años antes visitó el servicio de urgencias por esta causa), se tardó cinco días en ingresarle y dos más en detectarle una peritonitis que obligó a intervenirle de urgencia. La última idea consiste en que la peritonitis, en sí misma una infección, exigía una vigilancia extrema durante el postoperatorio del Sr. J. M. y, sin embargo, pese a presentar un

en puridad, debe entenderse que no se trata tanto de un problema de relación causal como de daño producido (43) —daño que no es otro que la oportunidad de mejora o de curación de la que se ha visto privada la víctima— por lo que el concepto indemnizatorio no debe ser el material correspondiente al hecho finalmente acaecido, sino la incertidumbre acerca de qué hubiera sucedido si hubiera funcionado correctamente el servicio pues no en otra cosa consiste la pérdida oportunidad generada con la infracción de la *lex artis* en los términos descritos. Ahora bien, debemos preguntarnos con LLAMAS POMBO (44), ¿estamos hablando de *chance*, oportunidad o posibilidad del acaecimiento de un suceso? O más bien ¿estamos aludiendo a una probabilidad estadística de que tal suceso tuviera lugar? La cuestión no es baladí, pues la probabilidad no deja de ser la frecuencia con que acontece un hecho, y sobre esta base, la actividad probatoria deberá determinar lo que realmente ocurrió para probar que exige una «probabilidad razonable», pero debiendo tenerse en cuenta la estadística juega aquí un mero papel probatorio que deberá conjugarse con otras circunstancias concurrentes, pues no debe olvidarse que en el ámbito sanitario el daño suele producirse por una confluencia de casusas (45), donde influye la patología del paciente e incluso su predisposición a sufrir determinadas enfermedades. Por ello, cuando es difícil determinar cuál ha sido la causa del daño (el acto

cuadro con fiebres altas y olores nauseabundos, según él relata y asume la Administración [pues dice que la fascitis fue purulenta], no se actuó hasta seis días después». Lo mismo sucedía en la STS de 10 de febrero de 2005 (RJ 2005\1548), por demora en la realización de las pruebas que detectasen la perforación gástrica que condujo a la muerte del paciente. O en la STS de 30 de marzo 2005 (RJ 2005\3274), que constataba una defectuosa actuación de los servicios sanitarios que no diagnosticaron la patología que sufría la paciente, hasta que alcanzó un estadio difícilmente reversible, o en la de 25 de junio de 2007 (RJ 2007\3815), que analizó el supuesto de un retraso de más de seis días sobre la pierna dañada que ocasionó su amputación, o, en la de 20 de junio de 2006 (RJ 2006\5152) que afirmaba que, habida cuenta de la anormalidad y desproporción del letal resultado, comparativamente inusual en una intervención de colecistectomía laparoscópica (técnica quirúrgica para la extracción de cálculos), correspondía a la Administración acreditar la debida diligencia en la prestación del servicio quirúrgico practicado. Algo parecido sucedió en la SAN de 19 de abril de 2000 (RJCA 2000\1424) en cuyo proceso se analiza el supuesto de un paciente que falleció al sufrir peritonitis por ausencia de reconocimiento inmediato al ingresar en el Centro hospitalario.

(43) En este sentido, LLAMAS POMBO, E.(2010: pp. 51 y ss).

(44) LLAMAS POMBO, E. (2012).

(45) Así lo puse de manifiesto en GALLARDO CASTILLO, M^o J. (2009: p. 79), donde reivindicaba la necesidad de distinguir en el ámbito forense entre el concepto de causas y concausas —entre las que, a su vez, cabe distinguir las concausas preexistentes (o estado anterior), simultáneas, y subsiguientes (o complicaciones)—, considerando que las primeras son las necesarias y suficientes en la producción del daño, mientras que las segundas son las necesarias en el caso concreto, pero que carecen de suficiencia por sí mismas en tanto que vienen constituidas por aquellos factores extraños al comportamiento del agente que se insertan en el proceso dinámico, de modo que el resultado es diferente del que era de esperar dada la naturaleza de dicho comportamiento.

médico o la patología de base), hay que acudir a la estadística, de tal forma que si la probabilidad estadística de que el daño haya sido ocasionado por el acto médico es sustancial, sí puede presumirse existente el nexo causal entre el acto médico y el daño. La actividad probatoria se convierte así en un juicio de aceptabilidad de los hechos en función de su nivel de probabilidad, y por eso la apreciación fáctica queda sujeta a las reglas o criterios con los que se aprecie un grado de probabilidad suficiente (46).

En cualquier caso, hablamos de probabilidades, pero sin poder tener un conocimiento exacto de si el paciente hubiera estado en el porcentaje de los casos que, de haber mediado un correcto funcionamiento del servicio sanitario, hubieran sanado o en el de los que no lo hubiera logrado. Y es que en estos supuestos debe no estar clara, insisto, la existencia de un nexo causal entre la acción u omisión imputada y el daño final. La pérdida de oportunidad, consiste justamente en eso, en esa falta de certeza de lo que hubiera sucedido, de tal forma que por su virtud lo que se indemniza es la *no* producción de un suceso del que *no se sabe si se hubiera terminado verificando*, lo que «no se compadece bien con el requisito de la necesaria existencia de un daño para el nacimiento de la obligación de indemnizar», pues, «no se puede perder la oportunidad que no se tiene».

Este planteamiento es el que subyace en la STSJ de Madrid de 27 de marzo de 2007 (47), que examinaba un caso de afección coronaria pese a la que el facultativo no consideró el remitirle a Cardiología, sino que se limitó a prescribirle un analgésico para paliar los efectos de los síntomas (el característico dolor en el brazo izquierdo). La sentencia aplica la teoría de la pérdida de oportunidad al afirmar que «aunque es cierto que es imposible predecir cuál hubiera sido el resultado final y si las consecuencias hubieran sido las mismas u otras bien distintas, lo que, sin duda, es seguro, es que el paciente hubiera tenido más oportunidades de evitar el infarto de miocardio o que su gravedad hubiera sido menor si se le hubiera proporcionado asistencia médica en el mismo momento en que ésta la reclamó. Y es ese retraso en el tratamiento lo que debe calificarse como funcionamiento anormal del servicio del que hace responsable a la Administración (...). Es decir, se desconoce qué hubiera podido pasar si se le hubiera atendido inmediatamente, lo cierto es que el retraso y la demora en el establecimiento del diagnóstico al no valorarse adecuadamente los síntomas (provoca una) pérdida de oportunidad, que aunque pudiera ser remota, no puede quedar indemne. Así las cosas, se ha de concluir que de la actividad probatoria practicada resulta acreditado que en el caso de autos se produjo un error de diagnóstico, y que si se hubiera producido el diagnóstico

(46) ASENSI PALLARÉS, E. (2013: pp. 233).

(47) RJCA 2007\23083; Recurso 2159/2003.

correcto e instaurado un tratamiento precoz, el recurrente hubiera tenido más oportunidades de evitar el agravamiento de sus dolencias».

En parecido sentido se expresó la STSJ de Madrid de 28 de mayo de 2007 (48) al estimar la reclamación patrimonial por pérdida de oportunidad con resultado de muerte, puesto que se había producido un diagnóstico inadecuado y tardío de la estrangulación intestinal (con las consecuencias sucesivas ya reseñadas de deficiente tratamiento), tardanza en el sometimiento al tratamiento de quimioterapia y radioterapia, ausencia de comprobación del estado del colon tras el alta hospitalaria después del tratamiento, la dilación injustificada en el sometimiento a una biopsia. Finalmente hubo de practicarle una intervención de urgencia con el fatal desenlace final del fallecimiento. Ante estos hechos, la sentencia afirma, de una parte, que si bien es cierto que la Administración sanitaria no está obligada a obtener un resultado favorable total y sin lesión en los tratamientos e intervenciones quirúrgicas que practique, lo que no admite justificación es que se produzcan consecuencias que una correcta *lex artis* médica debían haber evitado, y de otra, que se han utilizado los medios y el estado de conocimiento al alcance, pero de forma tardía e inadecuada, por lo que termina coligiendo que se ha producido un déficit asistencial y un inadecuado tratamiento que le ha ocasionado la pérdida de oportunidad de remontar la enfermedad (49).

A los efectos de aplicación de la doctrina de pérdida de oportunidad entiendo que pueden equipararse a los supuestos examinados de retraso o error en el diagnóstico los de omisión en la prestación del servicio, los cuales abarcan tanto aquéllos en que no se emplea técnica alguna para obtener la curación o mejora del paciente como aquéllos en los que no se realizan las funciones que las técnicas de salud aconsejan y emplean como usuales, en aplicación de la deontología médica y del sentido común humanitario, o en los que no se realiza alguna prueba necesaria para detectar la enfermedad o prevenir sus efectos. Ello en el bien entendido de que no se aprecie relación causal entre la omisión de la prestación del servicio y el daño final acontecido,

(48) JUR 2007\268726; Recurso 1958/2003.

(49) Estos mismos criterios son los que aplican las SSTJ de 21 de marzo de 2007 (ausencia de diagnóstico precoz que detectara el carcinoma de estómago; no se hubiera evitado el fallecimiento pero se hubiera procurado una evolución de la enfermedad en condiciones menos gravosas), de 26 de junio de 2008 (lesión óptica que pudo evitarse o minimizarse), de 7 de julio de 2008 (un retraso en remitir al paciente a la cámara hiperbárica le produjo parálisis y postración en silla de rueda), SSTJ de Madrid de 2 de febrero de 2006 (fallecimiento de paciente por broncoaspiración al no haber recibido atención médica urgente al haber tardado la ambulancia dos en llegar al domicilio de la víctima), de Galicia de 2 de abril de 2008 (fallecimiento del feto por ausencia de pruebas médicas a la madre), y de Madrid de 8 de abril de 2008 (retraso en el diagnóstico de un cáncer de mama que provoca la necesidad de obtener un tratamiento más agresivo).

sino en la pérdida de oportunidad en sí misma considerada y que, por tanto, la indemnización no lo sea del resultado final acontecido sino la oportunidad de mejora o de curación de la que se ha visto privada la víctima.

3. Ausencia de consentimiento informado

El derecho a la asistencia sanitaria no se agota en la prestación de atenciones médicas y farmacéuticas, sino que incluye el derecho esencial a la información previa al sometimiento a cualquier intervención quirúrgica de forma clara y comprensible para el enfermo, con la advertencia de los riesgos, señalando los posibles tratamientos alternativos y, en todo caso, solicitando el preceptivo consentimiento previo a la intervención. Por ello, el consentimiento informado aparece ligado al derecho de autodeterminación del paciente pues éste es un agente moral autónomo con suficiente facultad para decidir libremente sobre la incidencia que en su propia salud pueda tener la actividad curativa que la Medicina ejerce sobre él, lo que incluye el poder de decisión acerca de recibir o no tratamiento médico, asumir o no los riesgos inherentes a una intervención, permanecer enfermo o sanar, o incluso a perder la vida (50).

Pero la funcionalidad del consentimiento informado no se agota en esta finalidad sino que viene siendo un añadido a la exigencia de cumplimiento de la *lex artis ad hoc*, en tanto que constituye uno de los deberes que incumbe al facultativo al calibrar el grado de cumplimiento de las normas y técnicas aplicables al caso y porque, producida la consecuencia lesiva, debe comprobarse, primeramente, que la actuación médica se ajustaba a los parámetros de normalidad según protocolos médicos, y en segundo lugar, que se ha cumplido *debidamente* con el deber de información a que tiene derecho el paciente. Y en este sentido, como parte integrante de la *lex artis*, el consentimiento informado juega el importantísimo papel de servir de módulo para la valoración del funcionamiento normal o anormal del servicio (51) o, si se quiere, de criterio valorativo de la corrección del concreto acto médico ejecutado según las técnicas habituales contrastadas, las especiales características de su autor y los factores influyentes en el paciente, lo que determina que el mero incumplimiento de este deber de información (52) suponga *ipso facto* una infracción

(50) PELAYO GONZÁLEZ-TORRE, A. (1997: pp. 81 y 82).

(51) Así las SSTs de 2 de octubre (RJ 1997\7405) y 16 de diciembre de 1997 (RJ 1997\8690).

(52) Así la STS de 25 de abril de 1994 (RJ 1994\3073) señala como uno de los deberes inexcusables del médico el de «informar al paciente o, en su caso, a los familiares del mismo, siempre, claro está, que ello resulte posible, del diagnóstico de la enfermedad o lesión que padece, del pronóstico que de su tratamiento puede normalmente esperarse, de los riesgos que el mismo, especialmente si este es quirúrgico, pueden derivarse y, finalmente, y

de la *lex artis* (53) capaz de condicionar el desplazamiento de la carga de la prueba acerca de la relación de causalidad entre la acción médica y el daño producido así como la determinación de quién asume los riesgos padecidos, si el médico o el paciente. En consecuencia, la omisión del deber de informar revela *per se* la anormalidad del servicio, aunque —debe advertirse— ésta es causa necesaria, aunque no suficiente, para que nazca el derecho a la indemnización (54) —en tanto que se requiere que se haya producido o materializado el riesgo del que no se había informado— ni tampoco para que, producido este daño, éste deba ser indemnizado por pérdida de oportunidad.

Tampoco la falta de información o de consentimiento informado implica el deber de indemnización por cualquier resultado desafortunado que se haya producido, puesto que no pueden descartarse los componentes aleatorios de riesgo que toda intervención médica puede llevar consigo, sino sólo de aquellos que no hubieran sido informados debida y cumplidamente [SAP 28 de enero de 2008 (55)] y que acabaron materializándose. Tal fue el caso de la STS de 2 de julio de 2002 (56). Se trataba de una operación de vasectomía en la que el paciente sufrió la pérdida de un testículo por atrofia. Comprobado que se trataba de una «complicación previsible y frecuente» y que de ello no había sido informado el paciente, el TS estima el derecho a ser indemnizado, no ya porque el deber de informar tenga carácter absoluto y omnicomprensivo, sino porque éste se extiende a este tipo de complicaciones dada su previsibilidad y de la que no sólo nada se dijo sino que se minimizaron los riesgos, pues se le había manifestado que «se trataba de una intervención sencilla y que simplemente sufriría unas ligeras molestias los primeros días». Ante este tipo de

en el caso de que los medios de que se disponga en el lugar donde se aplica el tratamiento puedan resultar insuficientes, debe hacerse constar tal circunstancia, de manera que, si resultase posible, opte el paciente o sus familiares por el tratamiento del mismo en otro centro médico más adecuado».

(53) Las SSTs de 26 de noviembre de 2004 (RJ 2005\22), de 26 de enero de 2006 (RJ 2006\4346), de 12 de diciembre de 2006 (RJ 2006\9563), de 16 de enero de 2007 (RJ 2007\1220) y de 23 de febrero de 2007 (RJ 2007\884) afirman que «el defecto de consentimiento informado se considera como incumplimiento de la *lex artis ad hoc* y revela un funcionamiento anormal del servicio sanitario».

(54) Indica la STS de 26 de febrero de 2004 (RJ 2004\3889) que «aun cuando la falta de consentimiento informado constituye una mala praxis *ad hoc*, no es lo menos que tal mala praxis no puede *per se* dar lugar a responsabilidad patrimonial si del acto médico no se deriva daño alguno para el recurrente y así lo precisa la sentencia de 26 de marzo de 2002 (RJ 2002\3956), que resuelve recurso de casación para unificación de doctrina en la que afirma que para que exista responsabilidad es imprescindible que el acto médico se deriva un daño antijurídico porque si no se produce éste la falta de consentimiento informado no genera responsabilidad».

(55) JUR 2008\114524.

(56) RJ 2002\5514.

información, el TS afirma: «la información proporcionada no fue la oportuna y razonable en relación con la intervención y el usuario, pues no se le pusieron de relieve los eventuales riesgos, previsibles e incluso frecuentes, para poder ser valorados por el mismo, y con base en tal conocimiento prestar su asentimiento o conformidad o desistir de la operación, y ello era tanto más relevante si se tiene en cuenta que se trataba de una intervención quirúrgica, y de un supuesto de los que se denominan de medicina voluntaria (no curativa o satisfactiva) en los que la libertad de opción por parte del cliente es evidentemente superior a la que tienen los pacientes sometidos a la medicina necesaria o curativa».

Como bien ha afirmado MUÑOZ MACHADO (57), el deber de información implica el derecho del paciente a elegir la mejor solución, incluida la de no operarse (58). De ahí la trascendencia de su advertencia al paciente para que

(57) MUÑOZ MACHADO, S. (2001: p. 413).

(58) En este sentido, señala la STS de 21 de octubre de 2005 [RJ 2005\8547]: «En primer lugar debe señalarse que nos hallamos, como ya se ha dicho, ante un supuesto de medicina satisfactiva o voluntaria (en cuyo ámbito se desarrolla la motivación de esta resolución), en el que se acrecienta —para algún sector doctrinal es el único aspecto del enfoque judicial en el que debe operar la distinción con la medicina denominada necesaria, curativa o asistencial— el deber de información médica, porque si éste se funda en el derecho del paciente a conocer los eventuales riesgos para poderlos valorar y con base en tal información (conocimiento) prestar su consentimiento o desistir de la operación, en ejercicio de su derecho a la libertad personal de decisión o derecho de autodeterminación sobre la salud y persona que es la finalidad perseguida por la norma (art. 10.5 y 6 Ley General de Sanidad 14/1986, de 25 de abril, y en la actualidad Ley BAPIC 41/2002, de 14 de noviembre, con más razón es exigible tal derecho cuando el paciente tiene un mayor margen de libertad para optar por el rechazo de la intervención habida cuenta la innecesidad o falta de premura de la misma; a lo que debe añadirse la oportunidad de mantener un criterio más riguroso, que respecto de la medicina asistencial, porque la relatividad de la necesidad podría dar lugar en algunos casos a un silenciamiento de los riesgos excepcionales a fin de evitar una retracción de los pacientes a someterse a la intervención. El deber de información en la medicina satisfactiva —en el caso, cirugía estética—, en la perspectiva de la información dirigida a la obtención del consentimiento para la intervención, también denominada en nuestra doctrina «información como requisito previo para la validez del consentimiento», que es la que aquí interesa (otra cosa es la denominada información terapéutica o de seguridad, que comprende las medidas a adoptar para asegurar el resultado de la intervención una vez practicada, y que también debe abarcar la de preparación para la intervención), como información objetiva, veraz, completa y asequible, no solo comprende las posibilidades de fracaso de la intervención, es decir, el pronóstico sobre las probabilidades del resultado, sino que también se debe advertir de cualesquiera secuelas, riesgos, complicaciones o resultados adversos se puedan producir, sean de carácter permanente o temporal, y con independencia de su frecuencia y de que la intervención se desarrolle con plena corrección técnica. Por lo tanto debe advertirse de la posibilidad de dichos eventos aunque sean remotos, poco probables o se produzcan excepcionalmente, y ello tanto más si el evento previsible —no debe confundirse previsible con frecuente (S. 12 enero 2001 [RJ 2001\3])— no es la no obtención del resultado sino una complicación severa, o agravación del estado estético como ocurre con el queiloide. La información de riesgos previsibles es independiente de su probabilidad, o porcentaje de casos, y sólo quedan excluidos los desconocidos por la ciencia médica en el momento de la intervención».

pueda sopesarlos junto con otras alternativas u opciones al decidir sobre el tratamiento sometido a su consideración y consentimiento, debiendo tenerse en cuenta que la falta o la insuficiencia de la información ofrecida al paciente o, lo que es igual, la omisión de un consentimiento previo y suficientemente informado acerca de los riesgos inherentes a la intervención, determina la asunción de éstos por el Centro hospitalario y, en su caso, por el facultativo, por cuanto el daño ha devenido antijurídico y el paciente no tendrá el deber jurídico de soportarlo. Y es ahí donde entra en juego la doctrina de la pérdida de oportunidad, en tanto que la omisión de la información ha privado al paciente de la oportunidad de decidir y, con ello, de poder evitar el resultado lesivo final en caso de que no hubiera consentido la intervención médica o el tratamiento de que se trate. Como puede apreciarse, nuevamente nos encontramos con ese halo de incertidumbre que siempre ha de fundamentar esta doctrina.

Obviamente en estos casos la indemnización no alcanza al resultado final pues no es éste el concepto indemnizatorio, sino la mera posibilidad de haber podido evitarlo, bien sustrayéndose a la intervención o bien optando por otras alternativas. Tal fue el caso de la STS de 16 de enero de 2012 (59), en la que, a diferencia de la sentencia dictada Audiencia Provincial que otorgaba la indemnización por el daño final producido, redujo la indemnización en un 50%, al considerar que el daño «es el que resulta de haber omitido una información adecuada y suficiente sobre un riesgo muy bajo y de su posterior materialización, de tal forma que la relación de causalidad se debe establecer entre la omisión de la información y la posibilidad de haberse sustraído a la intervención médica cuyos riesgos se han materializado; que la negligencia médica ha comportado una pérdida de oportunidad para el paciente que debe valorarse en razón de la probabilidad de que, una vez informado de estos riesgos personales, probables o típicos, hubiera decidido continuar en la situación en que se encontraba o se hubiera sometido razonablemente a una intervención que garantizaba en un alto porcentaje la posibilidad de recuperación».

IV. LA ESPINOSA CUESTIÓN DE LA NATURALEZA DE LA INDEMNIZACIÓN Y DE LA CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO

De cuanto se ha afirmado hasta ahora, puede concluirse que la doctrina de la pérdida de oportunidad pivota en un doble sentido: uno, en cuanto a la antijuricidad de la conducta y otro, en la determinación de la cuantía indemnizatoria. Como ya se afirmó más arriba, el daño no es el resultado final, ya no sólo porque la víctima contaba con un padecimiento o enfermedad de base que no sería indemnizable por no ser imputable al servicio sanitario, sino porque falta el nexo causal entre la *mala praxis* y el resultado final obtenido. Por esta

(59) Comentada por RUBIO TORRANO, E. (2012).

razón el daño es el que se ha dado en denominar «daño intermedio», esto es, la pérdida de oportunidad de curación o de mejoría según la experiencia, por lo que deberá ser apreciada según el mayor o menor grado de convertirse en cierta y el valor de la frustración estará dado por el grado de probabilidad de producirse (60). En consecuencia, se ha de valorar exclusivamente como daño antijurídico (hipotético) la pérdida de oportunidad de obtener un tratamiento más adecuado y no el resultado final en que ha quedado el paciente (61). De esta forma, la aplicación de la teoría de la pérdida de oportunidad no implica la obligación de indemnizar por la totalidad de los daños causados, pues, como acaba de afirmarse, de una parte, éstos incluyen los riesgos típicos o asociados a las enfermedades padecidas por el paciente, y de otra, rara vez la curación puede médicamente garantizarse, no siendo posible aventurar o predecir cuál hubiera sido la evolución o el resultado y si éste hubiera podido evitarse. Por ello, insisto, sólo se ha de indemnizar la oportunidad perdida y no el resultado final, lo que, obvio es decirlo, no está exenta de una gran dificultad dadas las altas dosis de incertidumbre en que nos movemos: incertidumbre sobre si se hubiera producido de todos modos el resultado final y también incertidumbre causal, por lo que los Tribunales habrán de determinar la indemnización sobre un cálculo *a posteriori* de probabilidades: de una parte, valorando las posibilidades del paciente de obtener la curación o la mejoría para poder concluir si la oportunidad existía o no y, en su caso, en qué medida se ha lesionado. Y, de otra, determinando el grado de probabilidad de que la conducta médica diligente hubiera podido evitar el resultado dañoso.

Por ello, en cuanto a lo primero, la responsabilidad por pérdida de oportunidad exige demostrar que el perjudicado se encontraba en una situación fáctica idónea para obtener la situación de ventaja que se ha perdido. Y en cuanto a lo segundo, cuanto mayor sea el coeficiente de probabilidad de haber evitado el daño, más probable será la causalidad y, por tanto, mayor la oportunidad perdida (62). Y al revés. Se trata, entonces, de urdir un cálculo prospectivo de oportunidades de obtener el resultado pretendido, lo que corresponde al daño patrimonial incierto por pérdida de oportunidad de obtener una situación de ventaja que se presenta como incierta, lo que no debe confundirse ni con el daño moral —por lo que no debe utilizarse la valoración discrecional de la compensación— ni tampoco con el lucro cesante (63). Veámoslo por separado.

(60) BUSTAMANTE ALSINA, J. (1993: p. 176).

(61) Vid. PÉREZ VALLEJO, A. (2012: p.7).

(62) MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N. (2014: p. 241).

(63) Cuando se trata de pérdida de oportunidad procesal los criterios de resarcimiento que utiliza la jurisprudencia se hace depender del grado de probabilidad de éxito de la oportunidad frustrada. Si ésta es elevada, la considera lucro cesante y en caso contrario, lo hace como daño moral.

1. La naturaleza de la indemnización por pérdida de oportunidad

A) La pérdida de oportunidad no es un daño moral

Entiendo que la oportunidad perdida no debe evaluarse como daño moral por el hecho de operar en el terreno de la hipótesis. La oportunidad perdida en sí misma supone un valor y su pérdida constituye un perjuicio actual y cierto, sólo que para su concreta determinación se requiere una operación intelectual, un juicio de pronóstico sobre el resultado que hubiera sido esperable, valorando con qué probabilidades se contaban de no haber mediado el incorrecto funcionamiento del servicio sanitario. La cuestión no es baladí. Por lo pronto, como ha afirmado el TS, el sistema de valoración es radicalmente opuesto: el daño moral, en cuanto no ha sido objeto de un sistema de tasación legal, dado que al no poder calcularse directa ni indirectamente mediante referencias pecuniarias, únicamente puede ser evaluado con criterios amplios de discrecionalidad judicial. Esta circunstancia diluye en cierta medida la relevancia para el cálculo del *quantum* indemnizatorio de la mayor o menor probabilidad del resultado impedido por la acción dañosa. El daño patrimonial, sin embargo, aun cuando sea incierto, por no ser posible concretar su importe con referencia a hechos objetivos, por depender de acontecimientos futuros o por incertidumbre causal, sí admite referencias pecuniarias, y por ello no debe ser apreciado con los criterios de discrecionalidad propios de los criterios de compensación aplicables al daño moral, sino mediante una valoración prospectiva fundada en la previsión razonable de acontecimientos futuros y, en ocasiones, mediante una valoración probabilística de las posibilidades de alcanzar un determinado resultado que se presenta como incierto.

Por otra parte, mientras todo daño moral efectivo debe ser objeto de compensación —los daños morales no se resarcen; se compensan—, aunque sea en una mínima cuantía, la valoración de la pérdida de oportunidad de carácter pecuniario abre un abanico que abarca desde la fijación de una indemnización equivalente al valor reclamado si se dan los requisitos examinados hasta la negación de toda indemnización si se estima que nunca hubiera podido alcanzarse la situación de ventaja si es que concurre razonable certidumbre de la imposibilidad del resultado —pues no se pierde una oportunidad que nunca se tuvo—. Por eso, como acaba de decirse, la responsabilidad por pérdida de oportunidad exige demostrar que el perjudicado se encontraba en una situación fáctica o jurídica idónea para obtenerlo. De lo contrario no puede considerarse que exista perjuicio alguno y ningún daño puede existir en esta privación de una supuesta oportunidad que, realmente, no existía [STS de 27 de julio de 2006 (64)].

(64) RJ 2006\6548.

En consecuencia, entiendo que no es acertada la jurisprudencia que subsume de forma automática en daño moral las oportunidades perdidas. Ciertamente la jurisprudencia lo hace con la mejor de las intenciones, tratando de indemnizar daños materiales que no pudieron ser acreditados o utilizando el daño moral y su compensación como «criterio mensurador», por razones de equidad (65), con la voluntad de intentar evitar que daños patrimoniales que pueden presumirse existentes queden sin resarcimiento por falta de una prueba acabada (66). Pero tan buena intención no evita que esta forma de interpretación y de evaluación del daño constituya una ampliación inaceptable y excesiva del concepto de daño moral puesto que incluye conceptos que con verdaderos daños patrimoniales. Como bien afirma GARNICA MARTÍN, el concepto de daño moral sirve con frecuencia en la jurisprudencia como un simple comodín que permite dar solución a problemas que no son atinentes a la clasificación de los daños sino a su prueba y valoración, porque, como bien se sabe, el daño moral tiene unas reglas de enjuiciamiento tan laxas que deja en manos del Tribunal tanto su existencia como su valoración.

Sin embargo, la frustración de una expectativa actual o de una oportunidad real es un daño cierto en sí mismo. Lo es porque la oportunidad, en sí misma considerada, ya constituye un activo que se integró en el patrimonio del sujeto y por ello su privación por parte de un tercero genera la obligación de indemnizarle puesto que dicha oportunidad era susceptible de generarle una situación de ventaja en el futuro que ha quedado definitivamente frustrada. Esto provoca que pueda hablarse de certidumbre en el perjuicio —cual es la oportunidad misma que se ha perdido—. Otra cosa será que, a su vez, la oportunidad, como hecho, pueda ser fuente de daños tanto patrimoniales como extrapatrimoniales.

B) La pérdida de oportunidad no es lucro cesante

Como se ha dejado afirmado más arriba, uno de los elementos que permiten hablar de pérdida de oportunidad es el hecho de que la situación es irreversible, de tal forma que ha quedado definitiva e irremediablemente truncada las expectativas de curación o mejora. Pues bien, justamente esta circunstancia es lo que diferencia y separa la «pérdida de oportunidad» del «lucro cesante». Y junto a ello, la doctrina añade un dato diferenciador más: en el lucro cesante está la convicción de que determinada ganancia se produzca, mientras que en la pérdida de oportunidad hay «un álea que disminuye las posibilidades de

(65) Así por ejemplo, las SSTs de 28 de enero de 2005 (LA LEY 22757/2005) y de 28 de abril de 2005 (LA LEY 4458/2000).

(66) En este sentido, GARNICA MARTÍN, J.F. (2007: p. 2).

obtenerla»; en otros términos: en el lucro cesante la reclamación se basa en una mayor intensidad en las probabilidades de haber obtenido esa ganancia que se da por descontado que de no haberse producido el hecho frustrante se habría alcanzado. Desde el prisma de lo cualitativo, el lucro cesante invariablemente habrá de consistir en una ganancia dejada de percibir, en tanto que la pérdida de oportunidad puede estar configurada por una ganancia frustrada y además por la frustración de una posibilidad de evitar un perjuicio (67).

En igual sentido, OSTERLING PAROLDI y REBAZA GONZÁLEZ (68), que mantienen que mientras que el lucro cesante busca indemnizar las ganancias que muy probablemente se habrían percibido de no haberse verificado el acto dañoso, la pérdida de la *chance* va un poco más atrás, tratando de proteger las oportunidades de obtener ganancias futuras que se generaron en la esfera del agraviado. El lucro cesante indemniza la pérdida de los beneficios que de manera ordinaria se habrían obtenido. La pérdida de la *chance*, en cambio, indemniza la probabilidad misma: la oportunidad altamente verificable que conlleva la opción de obtener beneficios.

De otro lado, el lucro cesante no busca indemnizar la pérdida de una mera expectativa o probabilidad de beneficios económicos futuros, sino el daño que supone privar al patrimonio damnificado de la obtención de lucros a los cuales su titular tenía derecho al tiempo en que acaece el evento dañoso. En la pérdida de la *chance*, en cambio, el sujeto no tenía aún la certeza de estar en la situación jurídica idónea para lograr beneficios o ganancias que esperaba obtener en el futuro, esperanza que el evento dañoso frustra definitivamente. De este modo, el análisis de la pérdida de la *chance* deberá tener siempre en cuenta que se trata de una indemnización de la *chance* misma que el juez deberá apreciar en concreto, y no de la ganancia o pérdida que era objeto de ella. En otros términos, el daño se refiere a la *chance* actual y no a una ganancia futura que en este caso no llega a existir más que en el plano de lo hipotético.

La cuestión dista mucho de revestir un cariz meramente dogmático. El hecho de que la indemnización en la pérdida de la *chance* compense por la frustración de la probabilidad de obtener beneficios y no la pérdida de los beneficios mismos, determina que, al momento de cuantificar, el órgano jurisdiccional tenga que efectuar una reducción sustancial de la cuantía indemnizatoria respecto de las ganancias que se habrían obtenido.

De ahí también que, en el caso del lucro cesante la víctima deba probar tanto la existencia como la cuantía de las ganancias dejadas de percibir, lo que ha llevado a la Jurisprudencia a aplicar un criterio marcadamente riguroso y restrictivo en su estimación en evitación de enriquecimiento injusto. Por ello,

(67) Cfr. VERGARA, L. (1995).

(68) OSTERLING PAROLDI, F. y REBAZA GONZÁLEZ, A. (2002: pp. 10 y ss).

la jurisprudencia insiste en que la indemnización por tal concepto no puede derivarse de simples hipótesis o suposiciones ni referirse a beneficios posibles e inseguros, fundados en esperanzas y desprovistos de certidumbre, esto es, dudosos o contingentes, siendo necesaria una prueba adecuada y concluyente de que se han dejado de obtener unas ganancias concretas, de acuerdo con una posibilidad objetiva que tenga en cuenta el curso normal de los acontecimientos y las circunstancias del caso [SSTS de 29 de diciembre de 2000 (69) y de 30 de octubre de 2007 (70), con cita de las SSTS de 17 diciembre 1990 (71); de 30 noviembre 1993 (72), de 7 mayo (73) y de 29 septiembre 1994 (74) y 8 junio 1996 (75), que resalta la apreciación restrictiva o ponderada y la necesidad de probar con rigor «al menos razonable» dicen las SSTS de 30 de junio (76), de 16 junio (77) y de 22 diciembre 1993 (78) de 21 de octubre de 1996 (79) y 15 julio 1998 (80)]. La víctima deberá acreditar una ganancia que se podía esperar con razonable verosimilitud o probabilidad, excluyendo las de carácter hipotético e imaginativo, doctrinalmente conocidas como *sueños de ganancia*. No obstante lo anterior, el TS viene determinado que el rigor con que debe exigirse su prueba no puede elevarse a cotas tan inaccesibles que normalmente impidan su demostración y hagan ilusoria su indemnización. Es lo que sucede en supuestos en que es obvio que no resulta posible justificar con precisión los servicios que se hubieran realizado y el beneficio que hubieran producido, y, por lo mismo, los costes y gastos de mantenimiento que se hubieran generado para alcanzar aquel beneficio. Por ello, el TS viene aplicando lo que denomina «criterios de razonable probabilidad», de forma que el juicio de valor obtenido sea lo más próximo a lo que podía resultar realidad cierta y comprobada.

En el caso de la pérdida de oportunidad no puede exigirse a la víctima la acreditación de la certeza absoluta de que las expectativas se habrían alcanzado de no haberse producido el evento dañoso. Como se viene afirmando, en este caso habrá una mayor dificultad de cuantificación y habrá que valorar

(69) RJ 2001\1474; Recurso 3600/1995.

(70) RJ 2007\8264; Recurso 5049/2000.

(71) RJ 1990\10282.

(72) RJ 1993\9222; Recurso 1021/991.

(73) RJ 1994\3890; Recurso 1166/1991.

(74) RJ 1994\7026; Recurso 45/1992.

(75) RJ 1996\4831; Recurso 3455/1992.

(76) RJ 1993\5340; Recurso 50/1991.

(77) RJ 1993\5272; Recurso 3438/1990.

(78) RJ 1993\10108; Recurso 1281/1991.

(79) RJ 1996\7235; Recurso 184/1993.

(80) RJ 1998\5550; Recurso 1274/1994.

cuánto de probabilidad había de obtener el beneficio que se pretendía, pero este halo de incertidumbre no altera la naturaleza jurídica del daño que, insisto, no debe identificarse con el lucro cesante sino que debe calificarse como un daño emergente.

2. La cuantificación del daño

Como ya se ha dejado afirmado, la indemnización debe calcularse en proporción a las expectativas de obtener la situación de ventaja que se han perdido definitivamente. Por tanto, si todo depende del cálculo de probabilidad el asunto no deja de entrañar serias dificultades, puesto que nos movemos en el mundo de la incertidumbre, entre lo que pudo ser pero no fue y de lo que nunca sabremos qué hubiera podido suceder. No olvidemos que se trata de indemnizar por la producción de un suceso del que no se tiene la certeza de si finalmente se hubiera verificado o no. En otros términos: deberá realizarse un análisis retrospectivo, evaluando la situación en que encontraba la víctima al producirse el hecho dañoso que ha frustrado definitivamente la oportunidad de obtener la ventaja que pretendía, para después determinar las probabilidades de conseguirla. Sólo entonces se está en disposición de determinar la proporción estimativa de esta posibilidad, puesta en comparación con otras alternativas que pudieran producirse. Si se concluye que era probable que la situación de ventaja se hubiera concretado, finalmente la pérdida de oportunidad merecerá ser indemnizada (81) y no lo será en caso contrario. Por tanto, a efectos de indemnización, se ha de valorar sólo y exclusivamente el porcentaje de la oportunidad de haber evitado el daño (82).

Son varias las soluciones que maneja la jurisprudencia y que propone la doctrina más autorizada. Una sería atender al daño final sufrido por el paciente y proyectar sobre el mismo el porcentaje de probabilidad de que ese daño no hubiese acontecido. El *quatum* indemnizatorio será el resultante de multiplicar dicho porcentaje por el valor del daño final, lo que es lo mismo que alcanzar esa cantidad rebajando en dicho porcentaje el resultado final (83), dando lugar así a una suerte de «responsabilidad proporcional». LUNA YERGA se inclina por considerar que hay que evaluar la totalidad de los perjuicios sufridos, calcular la probabilidad de curación o mejora con que contaba la víctima y fijar la indemnización en función de una fracción de los totales perjuicios atribuibles a la pérdida de oportunidad. Y propone como ejemplo clarificador el caso en que el facultativo no diagnostica a tiempo que el paciente sufre un cáncer

(81) Vid. TRIGO REPESAS, F.A. (2008: pp. 276 y 277).

(82) Vid. ASENSI PALLARÉS, E. (2013: p. 232).

(83) MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N. (2014: p. 245).

sino cuando éste ya es inoperable. Si, aún detectado a tiempo, el paciente sólo hubiera tenido un 30% de probabilidades estadísticas de sobrevivir, la indemnización consistirá en el 30% de aquélla que hubiera correspondido en caso de haberse podido imputar al médico la muerte del paciente. Otro caso es cuando la negligencia médica no comporta la destrucción total de oportunidades sino, tan sólo su reducción en un determinado porcentaje. Imaginemos, así, que el diagnóstico del cáncer que sufría el paciente se hubiera producido en un momento en el que éste todavía era operable, si bien que con una probabilidad de éxito del 10%, y el paciente fallece. La doctrina de la pérdida de oportunidad permitiría, en tal caso, la indemnización de las oportunidades efectivamente destruidas, esto es, un 10%.

Como puede observarse, el resarcimiento por pérdida de oportunidad siempre será inferior al que procedería si el daño se hubiera producido en su totalidad. Por esto, como afirma MEDINA ALCOZ (84), hay que proyectar el nivel de probabilidad de que la víctima hubiera obtenido la ventaja apetecida sobre el valor del daño final, adoptando como parámetro de referencia el valor económico de la utilidad pretendida y se fija el *quatum* indemnizatorio mediante un coeficiente de reducción que depende del grado de la probabilidad con que se contaba para obtener la ventaja si no se hubiera privado al sujeto en cuestión de la oportunidad de que gozaba. En otros términos: indemnizar la oportunidad perdida no es más que restar de la estimación pecuniaria del daño final incierto el margen de incertidumbre respecto a su enlace causal con la conducta del agente dañoso.

V. BIBLIOGRAFÍA

- ÁNGEL YÁGÜEZ, R. (1996): «Diagnósticos genéricos prenatales y responsabilidad II», *Revista D. Gen. H.*, núm. 5, pp. 152 y ss.
- ASENSI PALLARÉS, E. (2013): «Evolución de la doctrina de oportunidad en responsabilidad médica», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 8, p. 233.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (2002): «Comentario a la STS de 7 de junio de 2002», *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, n° 59, pp. 857 a 865.
- BUSTAMANTE ALSINA, J. (1993): *Teoría General de la Responsabilidad Civil*. Buenos Aires, Abelodo-Perrot, p. 176.
- CAZEAUX, P. (1981): *Daño actual. Daño futuro. Daño eventual o hipotético. Pérdida de Chance*, en *Temas de responsabilidad civil en honor al Dr. Augusto M. Morello*, La Planta, Librería Editora Platense S.R.L., pp. 23 y 24.

(84) MEDINA ALCOZ, Luis (2007: pp. 106 y 107).

- DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, G. (2001): «La imposibilidad de abortar: un supuesto más de responsabilidad civil», en *Diario La Ley*, Sección Doctrina, 1998, Ref. Derecho-168, Tomo 3 (La Ley 21642/2001), p. 6.
- GALÁN CORTÉS, J.C. (2005): *Responsabilidad civil médica*, Madrid, Cívitas, p. 343.
- GALLARDO CASTILLO, M^o J. (2009): *La responsabilidad patrimonial de la Administración Sanitaria*, Barcelona, Ed. Bosch, p. 79.
- GARCÉS-GARRO RANZ, M. (2014): «La consolidación de la doctrina de la pérdida de oportunidad en el ámbito sanitario: teoría, articulación de la prueba y cuantificación de la indemnización», en *RC, Revista de Responsabilidad civil, circulación y seguro*, núm. 4, pp. 7 y 8.
- GARNICA MARTÍN, J.F. (2007): «La prueba del lucro cesante», *Práctica de Tribunales*, núm. 37, LA LEY 1101/2007, p. 2.
- LLAMAS POMBO, E. (2010): *Reflexiones sobre el Derecho de daños: casos y opiniones*. Madrid, Editorial LA LEY, pp. 51 y ss.
- (2012): «Las dudas sobre el daño por pérdida de oportunidad», *Práctica de Derecho de Daños*, núm. 110/111, Sección Editorial, La Ley 17997/2012.
- LUNA YERGA, A. (2005): «Oportunidades perdidas. La doctrina de la pérdida de oportunidad en la responsabilidad civil médico-sanitaria», *InDret*, *Revista para análisis del Derecho*, núm. 288, p. 4.
- MARTÍN CASAL, M. y SOLÉ FELIÚ, J. (2002): «Comentario a la STS de 7 de junio de 2002», *CCJC*, núm. 60, pp. 1114-1115.
- MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N. (2014): «La doctrina de la pérdida de oportunidad en la responsabilidad sanitaria», en la obra colectiva dirigida por LLAMAS POMBO, E., *Estudios sobre la responsabilidad sanitaria*, Madrid, Ed. LA LEY, p. 241.
- MEDINA ALCOZ, L. (2007): *La teoría de la pérdida de oportunidad, Estudio doctrinal y jurisprudencial de derecho de daños público y privado*. Madrid, Thomson-Cívitas, p. 88.
- (2009): «Hacia una nueva teoría general de la causalidad en la responsabilidad civil contractual (y extracontractual): la doctrina de la pérdida de oportunidades», *Revista de responsabilidad civil y seguro*, núm. 30, p. 42.
- MUÑOZ MACHADO, S. (2001): Ponencia oficial del III Congreso Nacional. Timpanoplastia. Madrid, Almirall Prodesfarma, p. 413.
- NAVARRO MICHEL, M. (2006): «Comentario a la Sentencia de 21 de diciembre de 2005», *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 72, p. 1651.
- OSTERILING PAROLDI, F. y REBAZA GONZÁLEZ, A. (2002): «Indemnizando la probabilidad: acerca de la llamada pérdida de la chance o pérdida de la oportunidad», *Revista Jurídica del Perú*. Normas Legales Editora. Año III, núm. 39, pp. 8 y 9.

- PACHECO-JIMÉNEZ, M^o N. (2011): «Acciones *wrongful birth* y *wrongful life*: una controvertida vía de responsabilidad civil médica», *SPCS Documento de trabajo 2011/2*, Universidad Castilla la Mancha, p. 11.
- PANTALEÓN PRIETO, F. (1988): «Procreación artificial y responsabilidad civil, en II Congreso Mundial Vasco, La filiación a finales del siglo XX : problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana: ponencias y comunicaciones». Vitoria-Gasteiz, 28-IX a 2-X-1987, p. 266.
- PAÑOS PÉREZ, A. (2014): «Responsabilidad civil médica por *wrongful birth* y *wrongful life*», en *Diario La Ley*, núm. 8396, Sección Doctrina, 10 de octubre de 2014, La Ley 7189/2014, pp. 1 a 20.
- PELAYO GONZÁLEZ-TORRE, A. (1997): *La intervención jurídica de la actividad médica: El consentimiento informado*. Madrid, Dykinson, 1997, pp. 81 y 82.
- PÉREZ VALLEJO, A. (2012): «Responsabilidad médica y mecanismos correctores del rigor probatorio», en *Práctica de Derecho de Daños*, núm. 110/111, Sección Estudios, LA LEY 18035/2012, p.7.
- ROMERO COLOMA, A. (2009): «Las acciones de *wrongful birth* y su problemática jurídica», en *Diario La Ley*, núm. 7231, Sección Doctrina, 1 de septiembre de 2009, Ref. Derecho-269, La Ley 13466/2009, p. 1.
- RUBIO TORRANO, E. (2012): «Responsabilidad civil médica y la falta de consentimiento informado; pérdida de oportunidad (a propósito de la STS de 16 de enero de 2012): en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 3.
- SALVADOR CODERCH, P. (2002): «Causalidad y responsabilidad», *InDret, Revista para análisis del Derecho*, núm. 94, p. 13.
- TRIGO REPRESAS, F.A. (1999): *Reparación de daños por mala praxis médica*. Buenos Aires, Ed. Hammurabi.
- (2008) *Pérdida de chance. Presupuestos. Determinación. Cuantificación*, Buenos Aires, Astrea, p. 263.
- VICENTE DOMINGO, E. (2007): «El daño», en la obra colectiva *Tratado de Responsabilidad Civil*, dirigido por Reglero Campos, 3^a ed., L.F. Pamplona, Thomson-Aranzadi, p. 260.
- ZAVALA DE GONZÁLEZ, M. (1990): *Resarcimiento de daños. Daños a las personas*, Buenos Aires, Hammurabi, p. 274.

LA RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN POR DAÑOS DERIVADOS DE FENÓMENOS NATURALES: ESPECIAL REFERENCIA AL RIESGO DE INUNDACIÓN (*)(**)

JESÚS CONDE ANTEQUERA

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. MARCO CONCEPTUAL Y DELIMITACIÓN DEL ÁMBITO DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN EN CASOS DE RIESGOS NATURALES: 1. Los conceptos de peligro natural y riesgo natural, frente al de daño, en la teoría de la responsabilidad. 2. La reparación de los daños ocasionados por fenómenos naturales y la delimitación de los supuestos susceptibles de inclusión en el ámbito material de la responsabilidad patrimonial– III. LA CONFIGURACIÓN DE UNA TEORÍA DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL POR DAÑOS DERIVADOS DE PELIGROS NATURALES EN ZONAS DE RIESGO NATURAL: 1. Los requisitos de la responsabilidad patrimonial y su interpretación desde la perspectiva del riesgo natural. 2. Los títulos de imputación en el supuesto de daños en zonas de riesgo natural. La configuración normativa de un deber de prevención de daños derivados de riesgos naturales. A) Responsabilidad por negligencia en la actividad de predicción o por falta de previsión del riesgo natural en el planeamiento. B) Responsabilidad por negligencia en la adopción de medidas de limitación o reducción del riesgo debidas en virtud del ejercicio de la actividad de policía. 3. La fuerza mayor y la concurrencia de culpa de terceros o de la propia víctima en el caso de la responsabilidad por daños ocasionados por fenómenos naturales.– IV. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: Cuando la naturaleza ruge, es difícil evitar los daños que ocasiona que, incluso, pueden llegar a ser catastróficos. Sin embargo, la técnica ofrece oportunidades para detectar los peligros naturales y, en otras ocasiones, para ayudar a evitarlos o superarlos. Tradicionalmente se han identificado los fenómenos naturales, de cualquier entidad, con la «fuerza mayor», y a ésta se la ha entendido como causa de exclusión de la responsabilidad. Con este trabajo queremos abordar la consideración de la fuerza

(*) Trabajo recibido en esta REVISTA el 7 de mayo de 2015 y evaluado favorablemente para su publicación el 30 de julio de 2015.

(**) El presente trabajo se enmarca en la actividad del proyecto de investigación I+D+i DER2013-47655-P, «Riesgos naturales y Derecho. Especial consideración a los riesgos ligados a la dinámica fluvial y litoral: su relación con el cambio climático», del Ministerio de Economía y Competitividad, dirigido por el profesor Estanislao Arana García, de la Universidad de Granada.

mayor como un concepto jurídico indeterminado susceptible de determinación técnica y la valoración de los supuestos de responsabilidad de la Administración por daños ocurridos en zonas de riesgo natural cuando a ésta podía exigírsele una actuación tendente a evitarlos.

Palabras clave: riesgos naturales; peligros naturales; responsabilidad patrimonial; fuerza mayor; mapas de riesgos naturales; cambio climático.

ABSTRACT: When nature roars, it is difficult to prevent damage caused by its rage, which might even become catastrophic. Nevertheless, technology provides opportunities to detect natural hazards in order to reduce or avoid the risks whenever possible and overcome the impact. Traditionally, natural phenomena of any entity have been identified as «force majeure» which has been understood as a ground for exclusion of liability. In this work we want to approach the consideration of the force majeure as an indeterminate legal notion open to technical determination and the assessment of cases of Administration liability for damages caused in areas prone to natural hazards when it may be required an action or policy designed to avoid them

Key words: natural risks; natural hazards; liability; map of natural hazards; climate change.

I. INTRODUCCIÓN

Limitado es el papel del Derecho, desde el punto de vista de la responsabilidad, cuando la naturaleza, por sí misma y sin intervención de la actividad humana, causa daños a las personas o a los bienes. En los casos de daños originados por peligros naturales, el Derecho tiene poco que decir si no es para el establecimiento, organización y gestión de las ayudas y compensaciones basadas en la solidaridad, principalmente, cuando los daños son catastróficos. Sin embargo, cuando la actividad humana (de especial interés, en nuestro caso, la actividad de la Administración) interviene o puede intervenir en la creación o evitación de los daños derivados de esos fenómenos naturales, de un modo u otro, entonces si es posible valorar la existencia de responsabilidades (1).

El objeto de este trabajo es, pues, el estudio de las cuestiones de principal interés en relación con la posible exigibilidad de responsabilidad a la Administración Pública por los daños que se ocasionan a personas o bienes en zonas de riesgo natural a consecuencia de los peligros naturales que se manifiestan de forma efectiva, bien cuando la actuación pública es la que incide en la generación o agravamiento del riesgo natural, bien porque a ésta se le atribuía un deber de prevenir o evitar tales riesgos y no ha actuado con la diligencia debida para ello.

(1) En este sentido, ESTEVE PARDO (1999: p. 31).

En este empeño, y dada la diversidad de régimen que encontramos en caso de daños originados por fenómenos naturales, es preciso delimitar inicialmente el ámbito de nuestro objeto de estudio, concretando los supuestos en los que podríamos deducir una posible responsabilidad patrimonial en relación con los fenómenos naturales y, posteriormente, abordar las cuestiones de interés jurídico a través del análisis del tratamiento, principalmente jurisprudencial, que se ha hecho de los requisitos de la responsabilidad patrimonial de la Administración en los supuestos delimitados, con el objeto de esbozar una teoría jurídica de la responsabilidad derivada de los daños ocasionados por fenómenos naturales en zonas de riesgo natural. Dentro de este estudio de los riesgos naturales, haremos especial referencia a las inundaciones ya que, como señala el preámbulo del Real Decreto 903/2010, de 9 de julio, de evaluación y gestión de riesgos de inundación, éstas constituyen el riesgo natural que, a lo largo del tiempo, ha producido más daños en España, tanto materiales como en pérdida de vidas humanas.

II. MARCO CONCEPTUAL Y DELIMITACIÓN DEL ÁMBITO DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN EN CASOS DE RIESGOS NATURALES

1. Los conceptos de peligro natural y riesgo natural, frente al de daño, en la teoría de la responsabilidad

Con carácter general, cuando hablamos de «riesgo» hablamos de la probabilidad de que un suceso ocasione daños (2). Luego se trata de un concepto diferente del de «daño», porque un riesgo no significa que en todo caso haya de producirse un daño efectivo sino que implica sólo la posibilidad de que éste se produzca. Este daño puede ser individualizado pero también generalizado y colectivo, e incluso llegar a ser calificado de catastrófico.

Sin embargo, para la teoría de la responsabilidad, tanto para el caso de la responsabilidad patrimonial de la Administración, que ahora estudiamos, como en el de la responsabilidad aquiliana, junto a otros presupuestos que luego analizaremos, es requisito *sine qua non* la existencia o efectividad de un daño para que ésta pueda surgir. No se responde por el riesgo creado sino por el daño que se produzca y sólo si efectivamente se produce. Si interesa tratar el riesgo en el ámbito de la responsabilidad patrimonial de la Administración es, precisamente, porque el no evitarlo o reducirlo suponga que éste se concrete posteriormente en unos daños. Y, si la institución resarcitoria entra en juego sólo

(2) Encontramos un compendio de conceptos en el ámbito de los riesgos naturales en UNISDR, *Terminology on Disaster Risk Reduction*, 2009. On line en http://www.unisdr.org/files/7817_UNISDRTerminologyEnglish.pdf (fecha última consulta 18/4/2015).

una vez producido el daño, habrá que plantearse si la falta de actuación administrativa frente al riesgo puede fundamentar la exigibilidad de responsabilidad a la Administración pública en el caso de que posteriormente sucedan los daños.

Más concretamente a efectos de esta teoría de la responsabilidad, y tomando como base su concepto técnico, por riesgo natural hemos de entender la probabilidad de que se produzca un daño a consecuencia de una fuente de peligro de la naturaleza a la que está expuesto alguien (personas) o algo (bienes) que resulta vulnerable ante el mismo. Básicamente, pues, la exposición a un peligro natural por quien es vulnerable a éste es lo que sería un riesgo natural (3). En cualquier caso, el calificativo «natural», como «procedente de la naturaleza», obliga a delimitar el campo conceptual de este tipo de riesgos a los estrictamente debidos a peligros naturales, sin intervención humana.

En definitiva, por lo tanto, técnicamente no es igual peligro que riesgo, a pesar de que jurídicamente se ha tendido a identificar ambos términos (4). De este modo, ni siempre que una zona presente un elevado índice de peli-

(3) Como indicábamos, esta definición resultaría acorde con el concepto de riesgo que ofrecen las disciplinas técnicas como la conjunción de tres factores: peligrosidad, exposición y vulnerabilidad, de tal modo que el cálculo del riesgo resulta de su objetiva interacción. Riesgo sería pues igual a la multiplicación de los índices de peligrosidad, exposición y vulnerabilidad. Véase, por ejemplo, LLASAT BOTJA (2012: pp. 7 a 11). Por peligrosidad se entiende cualquier condición, proceso o suceso que puede ocasionar daños (vulcanismo, sismicidad, deslizamientos de laderas, desvío de cauces, tsunamis, avalanchas, incendios...). Para calcularla se toma como base la localización histórica de las zonas más castigadas delimitando su radio de acción, el tiempo de retorno, que es la periodicidad o frecuencia con la que el fenómeno se repite y la magnitud o grado de peligrosidad, en grados de intensidad variable determinados a partir del registro histórico; datos con los que se pueden elaborar mapas de peligrosidad. La «exposición» depende la ocupación de la superficie de influencia del peligro y es el número total de personas o bienes sometidos a un determinado riesgo, por lo que las medidas encaminadas a disminuir este factor plantean restricciones en los usos del suelo o en las áreas donde exista factor de peligrosidad, lo que implica una ordenación territorial; la «vulnerabilidad» dependerá de las medidas adoptadas para afrontar el riesgo, y las medidas destinadas a reducir este factor suelen ser de tipo estructural: técnicas, diseño, utilización de materiales, etc. Por lo tanto, la exposición a esa peligrosidad y la capacidad de reaccionar ante ese peligro nos dará la medida más aproximada de riesgo.

(4) El proyecto de Ley del Sistema Nacional de Protección Civil en tramitación (última versión consultada de 19-12-2014) se ha hecho eco de esta distinción y ha definido el «peligro» como el potencial de ocasionar daño en determinadas situaciones a colectivos de personas o bienes y el «riesgo» como la posibilidad de que una amenaza (situación en la que personas y bienes están expuestos en mayor o menor medida a un peligro) llegue a afectar a colectivos de personas o bienes. Destacamos también, en otro sentido más jurídico, por su interés, la distinción entre peligro natural y riesgo que realiza ESTEVE PARDO (1999: pp. 29 y 36). Para el profesor ESTEVE, el concepto de riesgo se obtiene por contraposición al de peligro. El peligro tiene causas naturales o se debe a procesos naturales y el riesgo se genera por la actividad técnica tendente a reformar la naturaleza. El riesgo es, por lo tanto, tecnológico y se debe a la intervención humana; no tiene origen natural.

grosidad natural se puede considerar como zona de riesgo, ni siempre que haya un riesgo se ha de producir un daño. Y, por otro lado, la reducción de cualquiera de los factores de riesgo (a nuestros efectos nos interesan más el factor «exposición» y el factor «vulnerabilidad») se va a traducir en la reducción de las posibilidades de que se produzcan daños, de tal modo de que, en caso de que cualquiera de estos factores sea cero, el riesgo de que se produzcan daños dejará de existir.

Lógicamente, los peligros naturales no pueden eliminarse o son difíciles y costosos de eliminar o reducir por la intervención técnica humana. Más bien, en todo caso, incluso la técnica puede generarlos o agravarlos. Pero lo que sí es posible es detectarlos y actuar en relación a esos otros dos factores que inciden sobre el riesgo: la exposición y la vulnerabilidad. A ello ha de orientarse, por lo tanto, la intervención del Derecho y la actuación, a veces debida, de la Administración pública.

Hablar de responsabilidad patrimonial por el riesgo natural, por lo tanto, es un error conceptual *ab initio*, pues, como decíamos, no se responde sino por el daño efectivamente generado. En todo caso, a efectos discursivos, podríamos entender que se hace alusión a la responsabilidad por riesgo natural cuando nos referimos al deber de responder que tiene alguien (la Administración, en nuestro caso) por el daño sufrido por otro (en su persona o bienes) a consecuencia de un fenómeno natural peligroso cuando dicho fenómeno se haya producido o agravado a consecuencia de una acción humana que debió haber sido controlada por la Administración o cuando el daño causado por dicho fenómeno natural podría haber sido evitado mediante la actuación diligente a la que estaba obligada la Administración. Desde este inicial punto de vista, el primer planteamiento que nos hacemos es, pues, si podrá o no exigirse responsabilidad a la Administración, sin que se produzca un daño, simplemente por haber originado el riesgo o contribuido a agravarlo o, por otro lado, por no haber adoptado medidas de prevención o reducción del riesgo natural, posibilidad que descartamos a la vista del régimen de responsabilidad patrimonial previsto actualmente, fundamentado en la efectividad del daño (5).

Sin embargo, cuando de esa actuación administrativa o de la falta de intervención sobre los factores de riesgo se deriva un daño efectivo (y una vez delimitados tales daños en relación con las «catástrofes», los «riesgos extraordinarios» o los «riesgos antrópicos» o tecnológicos), nos encontramos inmersos en una actual situación de inseguridad jurídica debida a la escasa conside-

(5) En el ámbito punitivo, sin embargo, la mera puesta en peligro de diversos bienes jurídicos es razón suficiente para que derive responsabilidad. Es el caso de los delitos llamados «de peligro» o de las infracciones administrativas, que pretenden castigar la generación de riesgos sobre los bienes objeto de protección.

ración de cuestiones técnicas por parte del Derecho, a pesar de la estrecha relación y dependencia técnica existente en esta materia, a una insuficiente regulación, en nuestra opinión, y a una falta de solidez en la jurisprudencia española derivada de una tendencia, no fundamentada, a identificar «fuerza mayor» con todo fenómeno natural de cierta entidad.

2. La reparación de los daños ocasionados por fenómenos naturales y la delimitación de los supuestos susceptibles de inclusión en el ámbito material de la responsabilidad patrimonial

Con carácter previo al estudio de la responsabilidad en supuestos de daños originados por peligros o fenómenos naturales nos planteamos cuáles son los mecanismos de respuesta por parte del Derecho frente a dichos daños. Lógicamente, éstos han de ser tanto mecanismos de prevención como de reparación, y los mecanismos de reparación diferirán, o deberían diferir, en función de las posibilidades de prevención de éstos por parte de la Administración, si bien, en principio, nuestra normativa sólo los distingue en función de las características del daño cuando éste es catastrófico.

A la hora de intentar delimitar los supuestos de aplicabilidad del instituto de la responsabilidad patrimonial en el caso de daños originados por fenómenos naturales, debemos partir, en tal sentido, de una previa distinción conceptual, objeto de diverso tratamiento normativo, entre el riesgo natural, sin más calificativo, y las «catástrofes naturales» o los riesgos extraordinarios.

Las normativa española ha venido fundamentando la reparación de las catástrofes naturales o calamidades públicas (6) (que, como veremos después, suelen identificarse en el ámbito de la responsabilidad administrativa con el concepto jurídico de «fuerza mayor») no en el principio de responsabilidad sino en el de solidaridad (7). Es preciso comentar, no obstante, en este momento, que el régimen de «ayudas y subvenciones» derivado de la declaración de

(6) Denominadas «calamidad pública o catástrofe extraordinaria» en la Ley 2/1985, de 21 de enero, sobre Protección Civil. El nuevo proyecto de Ley del Sistema Nacional de Protección Civil simplifica la denominación de éstas pasando a llamarlas simplemente «catástrofes» (artículo 2.6 del proyecto), entendiéndose por tales «una situación o acontecimiento que altera o interrumpe sustancialmente el funcionamiento de una comunidad o sociedad por ocasionar gran cantidad de víctimas, daños e impactos materiales, cuya atención supera los medios disponibles de la propia comunidad», y entre las que se incluyen los riesgos de inundaciones, sismos, incendios forestales, volcánicos (artículo 6 del R.D. 407/1992, de 24 de abril, por el que se aprueba la Norma Básica de Protección Civil).

(7) Para que no quepa duda de la vocación del sistema, el artículo 20.3 del citado Proyecto de Ley aclara que «las medidas de recuperación se aplicarán en concepto de ayuda para contribuir al restablecimiento de la normalidad de las áreas afectadas, no teniendo, en ningún caso, carácter indemnizatorio».

catástrofe o calamidad pública difiere del sistema de responsabilidad en cuanto a la nota de «integridad» de la reparación o indemnización, que sólo es obligada en el régimen de responsabilidad.

Y, por otro lado, los denominados «riesgos extraordinarios» han sido objeto de tratamiento específico por la normativa reguladora de los seguros (8), que ha previsto exclusivamente la indemnización de las pérdidas derivadas de los mismos sólo en régimen de «compensación» (artículo 6.1 del R.D.L. 7/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido del Estatuto Legal del Consorcio de Compensación de Seguros —ECCS, en adelante—), sin que dicha compensación encuentre fundamento en la responsabilidad, y que requiere siempre que se trate de siniestros producidos a «los asegurados» (artículo 8.1 del ECCS), quedando, por lo tanto, fuera de cobertura indemnizatoria todos aquéllos que no habían sido objeto de aseguramiento.

No resulta difícil la distinción del régimen de reparación entre esos denominados riesgos extraordinarios y las catástrofes, pues el propio ECCS excluye de la indemnización que corresponde al Consorcio a aquellos siniestros que, por su magnitud y gravedad, sean calificados por el Gobierno como tales catástrofes y por lo tanto queden sujetos al régimen normativo de la protección civil (artículo 6.3.e) del ECCS).

De este modo, resulta patente que en nuestra normativa se han venido distinguiendo niveles de riesgo natural que han merecido una diferente respuesta jurídica, ya magníficamente abordada en parte por la doctrina, especialmente en cuanto se refiere a la reparación de los daños catastróficos (9), y que queda, por lo tanto, un ámbito de sucesos dañinos o siniestros generados por fenómenos naturales, que no son objeto de consideración como catástrofe ni riesgos extraordinarios, que serían, por exclusión, todos aquellos daños o

(8) Actualmente, con carácter principal, por el R.D. Legislativo 7/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido del Estatuto Legal del Consorcio de Compensación de Seguros y el R.D. 300/2004, de 20 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento del seguro de riesgos extraordinarios, que han entendido por tales acontecimientos extraordinarios los siguientes fenómenos de la naturaleza: los terremotos y maremotos, las inundaciones extraordinarias, las erupciones volcánicas, la tempestad ciclónica atípica y las caídas de cuerpos siderales y aerolitos» (artículo 6.1.a) del R.D.L. 7/2004 y 1.1.a) del Reglamento), fenómenos que ha definido y especificado a sus efectos en su artículo 2. Excluye expresamente, además, «los producidos por fenómenos de la naturaleza distintos a los anteriores y, en particular, los producidos por elevación del nivel freático, movimiento de laderas, deslizamiento o asentamiento de terrenos, desprendimiento de rocas y fenómenos similares, salvo que éstos fueran ocasionados manifiestamente por la acción del agua de lluvia que, a su vez, hubiera provocado en la zona una situación de inundación extraordinaria y se produjeran con carácter simultáneo a dicha inundación (artículo 6.g) del Reglamento).

(9) Véase JORDANO FRAGA, *La reparación de los daños catastróficos. Catástrofes naturales, Administración y Derecho Público: responsabilidad, seguro y solidaridad*, Marcial Pons, Madrid, 2000.

sinistros debidos a los peligros naturales no tratados por la legislación de protección civil y la de regulación de los riesgos extraordinarios (10).

Tampoco debemos confundir con los daños que los peligros o fenómenos naturales causan en las zonas de riesgo, a efectos de nuestro estudio de la responsabilidad, los daños ambientales causados por actos o actividades humanas que en sí son peligrosas y generadoras de riesgo (por ejemplo, los casos del Prestige, Chernobyl, etc.), y de los que posteriormente se derivan daños. En estos supuestos el riesgo no se debe a peligros de la naturaleza sino que se origina por una actividad humana que, en todo caso, ha sido objeto de tratamiento jurídico en la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental y, más tradicionalmente, mediante la institución de la responsabilidad aquiliana. Un caso específico, dentro de este último supuesto, en el que hay de por medio una actividad humana (con consecuencias por lo tanto a efectos de la responsabilidad patrimonial de la Administración), sería el de los daños ambientales o a las personas ocasionados por esas actividades que se accidentan debido a un peligro natural en la zona de riesgo en la que se encuentran enclavadas (ej., Fukushima, Aznalcóllar). En tales supuestos nos encontramos ante la existencia de un peligro natural, pero las consecuencias dañinas del mismo se ven originadas o agravadas por la ubicación de la actividad en la zona de riesgo, exponiéndose así al peligro natural y sin una adecuada previsión de sus consecuencias.

Finalmente, a efectos de delimitación de los supuestos en nuestra teoría, distinguiremos también entre riesgos naturales *stricto sensu* y riesgos naturales «inducidos». Estos últimos serían aquellos riesgos naturales referidos a peligros que son consecuencia de una actividad humana (como, por ejemplo, el riesgo de subsidencia generado por una extracción de mineral), o bien que,

(10) Esta primera clasificación de supuestos nos permitiría proponer un criterio particular de distinción de estos daños generados en situaciones de riesgo natural en función de los mecanismos regulados para su reparación, distinguiendo los daños que la normativa no ha considerado merecedores de reparación a través de mecanismos de solidaridad e igualdad, o que deben ser objeto de aseguramiento, por lo que entonces sólo podrán repararse a través de mecanismos de responsabilidad (en los que incluiríamos cualquiera que derive de hechos que se hubieran podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de su producción), de los daños catastróficos o de los riesgos extraordinarios, respecto de los que no procedería exigir responsabilidad por considerarse casos de fuerza mayor y que, por lo tanto, excluimos de nuestro estudio, sin perjuicio de las críticas que se puedan hacer al sistema vigente y de entender que, en todo caso, no tiene por qué tratarse de mecanismos excluyentes, como sucede en la práctica. En este sentido, en las I Jornadas sobre Derecho y Riesgos Naturales, celebradas en Granada los días 8 a 10 de abril de 2015, quedó de manifiesto cómo es práctica habitual que cuando se reciben las ayudas articuladas en los diferentes Reales Decretos Leyes dictados para hacer frente a fenómenos catastróficos se haga firmar a las víctimas un documento en el que manifiestan su renuncia a ejercer cualquier tipo de reclamación adicional.

tratándose de riesgos naturales preexistentes, han alcanzado la capacidad de originar daños debido a una actuación humana (por ejemplo el riesgo de inundación originado por una desviación del cauce natural de las aguas o por la construcción de una presa). Si decimos que la exposición a un peligro natural por quien es vulnerable a éste es lo que sería un riesgo natural, en tal sentido, cuando esa exposición se debe a una mala actuación pública que ha «trasladado» de lugar el peligro natural, o éste se genera por una actuación desarrollada por terceros que no ha controlado adecuadamente la Administración, entonces hablamos de riesgo inducido. En tales casos, el calificativo de «natural» se mantendría en la práctica exclusivamente por la propia naturaleza del fenómeno, en el que intervienen fuerzas de la naturaleza, pero no por su origen que, sin duda, es la actividad humana. En nuestra opinión, aunque en ocasiones se habla de riesgo en estos casos, en realidad ese riesgo no es sino un impacto más de la actividad, casi nunca previsto en el proyecto de la misma.

En conclusión, a la hora de delimitar el ámbito de la responsabilidad que estudiamos, distinguiríamos diversas situaciones en las que puede verse implicado un fenómeno natural o puede existir un daño relacionado con una situación de riesgo, ordenados de menor a mayor protagonismo de la intervención humana:

- a) El riesgo natural de daños generalizados o de carácter colectivo, de gran extensión o magnitud, que se caracteriza por su impredecibilidad conforme a la técnica disponible (por lo que era un riesgo desconocido *ab initio*) y la inevitabilidad de sus efectos con la debida diligencia. Considerados en la normativa estadounidense como «Acts of God», no dan lugar a responsabilidad por aplicación de la teoría de la fuerza mayor.
- b) El riesgo natural de daños que son previsibles y/o evitables mediante actuaciones de intervención sobre la vulnerabilidad o la exposición al mismo (11). En este caso nos encontramos ante peligros naturales conocidos y zonas de riesgo delimitadas cartográficamente, por lo que, como decimos, los daños derivados de dichos fenómenos naturales, que pueden ser individualizados, podrían haber sido previstos, eliminados o reducidos. Entendemos que estos daños podrían dar lugar, en su caso, a la responsabilidad que abordamos. En este supuesto incluiríamos, por su interés, el caso de los accidentes en actividades

(11) Incluiríamos en este supuesto, a título ejemplificativo, los deslizamientos de ladera, que originan daños en viviendas construidas en zona de riesgo; inundaciones reiteradas en zonas inundables, que originan daños en las viviendas construidas en dichas zonas; los incendios forestales que originan daños en viviendas rurales ubicadas en la zona de riesgo; los movimientos sísmicos o los riesgos volcánicos, que originan daños en las estructuras instaladas en su zona de influencia cuando es conocida; etc.

expuestas en la zona delimitada de dichos riesgos, de los que se originan importantes daños ambientales o a las personas.

- c) El riesgo natural inducido, a consecuencia de obras o actuaciones públicas o privadas sujetas a control público, cuyo tratamiento entendemos que debe corresponder a la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental, al tratarse en realidad de un impacto de la actividad, y, en su caso, de la responsabilidad extracontractual del artículo 1902 del Código Civil; o también sería objeto de responsabilidad patrimonial de la Administración, cuando ésta proceda.
- d) El riesgo tecnológico (12) o riesgo derivado del desarrollo de actividades peligrosas, que puede traducirse en catástrofes ambientales, como por ejemplo los casos de Chernóbil, Prestige, terremotos originados por actividades de *fracking*, etc. También entendemos que estos daños son objeto de tratamiento en la Ley de Responsabilidad Medioambiental.

A veces, sin embargo, no resulta fácil encontrar la frontera que delimita estos supuestos, por lo que, en consecuencia, existirán dificultades para deducir las instituciones jurídicas más adecuadas para la reparación de los daños consecuentes.

En cualquier caso, centraremos nuestro estudio en los supuestos enumerados en los apartados b) y c) referentes a los daños originados a particulares que resultan expuestos a fenómenos naturales, incluidos los supuestos de que éstos peligros sean creados o favorecidos por una actuación de la Administración pública o de otros particulares (actividades) sujeta a control administrativo.

III. LA CONFIGURACIÓN DE UNA TEORÍA DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL POR DAÑOS DERIVADOS DE PELIGROS NATURALES EN ZONAS DE RIESGO NATURAL

1. Los requisitos de la responsabilidad patrimonial y su interpretación desde la perspectiva del riesgo natural

El artículo 139.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administra-

(12) Magníficamente tratado por ESTEVE PARDO (1999 y 2009). En la primera de estas obras, comenta que llegar a dominar los peligros naturales y evitar el riesgo natural a veces aboca a otro tipo de riesgo, que es el riesgo tecnológico, que es el que caracteriza la sociedad del riesgo (pp. 30 y 31). «Cuando esa actividad humana genera riesgos que lo son por su capacidad para producir daños, entonces parece que es la responsabilidad la institución adecuada para el tratamiento jurídico del riesgo». Esta idea ya la apuntaba NIETO GARCÍA (1994: p. 38), al decir que «la sede natural del riesgo es la responsabilidad».

tivo común (LRJPAC en adelante), con fundamento en el artículo 106 de la Constitución Española, reconoce el derecho de los particulares a ser indemnizados por las Administraciones públicas correspondientes por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos. Dichos preceptos configuran una responsabilidad patrimonial de la Administración de carácter objetivo, o de resultado, en la que lo realmente relevante no es la antijuridicidad de la actuación administrativa sino la del daño que resulta de la misma para el particular.

Para la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración se exigen, por lo tanto, según se desprende de la LRJPAC y ha concretado la jurisprudencia (STS 14-10-2000, 13-3-2001 o 5-6-2001, por ejemplo) que se haya producido un daño cierto, efectivo y evaluable económicamente e individualizado en la persona o bienes del particular; que dicho daño sea imputable a la Administración; es decir, que sea consecuencia del funcionamiento (normal o anormal) de los servicios públicos, existiendo una relación causal entre dicho funcionamiento y el daño, sin que concurra fuerza mayor o la conducta de un tercero o de la propia víctima que altere tal relación causal; y que el perjudicado no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

Específicamente respecto al requisito de la imputabilidad, es preciso destacar, a nuestros efectos, la trascendencia del artículo 141.1 LRJPAC, que determina que *«no serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubieran podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de la producción de aquéllos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos»*. En virtud de tal precepto, que nos lleva a la máxima *«cuanto más sabemos, más responsables somos»*, no ha de resultar extraño que, en los procedimientos de responsabilidad patrimonial por daños sufridos a consecuencia de fenómenos naturales, lo normal sea que la Administración fundamente las resoluciones de inexistencia de responsabilidad de este tipo en la ruptura del nexo causal por concurrencia de fuerza mayor, debido al carácter *«extraordinario»* de dichos fenómenos naturales que originan los daños a los particulares (la inundación extraordinaria, el desplazamiento de terreno, etc.) y la imposibilidad de preverlos o prevenirlos por falta de conocimiento técnico. De este modo, a través del artículo 141 parece admitirse un deber jurídico de soportar los daños por parte de los perjudicados en los casos en que la técnica no hubiera permitido preverlos, excluyéndose así el requisito de la antijuridicidad del daño, si bien, como posteriormente veremos, la jurisprudencia no ha sido pacífica en este sentido.

En el ámbito que nos ocupa, por lo tanto, dado ese carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial, y habida cuenta de la tradicional identificación generalizada de los fenómenos naturales con el concepto de fuerza mayor, adquiere especial importancia la relación de causalidad que permita ligar a la actuación (o inactividad) administrativa las consecuencias dañinas del peligro natural en la zona de riesgo (13). Ello se traduce en el hecho de que la Administración no ha de responsabilizarse objetivamente de todo daño que se produzca en una zona de riesgo natural si no se le puede imputar el daño conforme a una relación de causa-efecto (14).

Sin embargo, en el caso de los daños originados por fenómenos naturales, la conexión causal a veces puede resultar incierta si no hay un buen conocimiento científico (15) y puede resultar complejo acreditar que existe tal nexo causal entre la actividad (o inactividad administrativa) y la producción del daño (16), lo cual hace difícil, a su vez, la reclamación patrimonial. También es difícil la prueba de la relación causal en el caso de los riesgos inducidos.

(13) La jurisprudencia ha venido modulando el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial «rechazando que la mera titularidad del servicio determine la responsabilidad de la Administración respecto de cualquier consecuencia lesiva relacionada con el mismo que se pueda producir, pues la prestación por la Administración de un determinado servicio público y la titularidad por parte de aquella de la infraestructura material para su prestación no implica que el vigente sistema de responsabilidad patrimonial objetiva de las Administraciones Públicas convierta a éstas en aseguradoras universales de todos los riesgos, con el fin de prevenir cualquier eventualidad desfavorable o dañosa para los administrados que pueda producirse con independencia del actuar administrativo. De lo contrario, se transformaría aquél en un sistema providencialista no contemplado en nuestro Ordenamiento Jurídico» (STS de 29 de enero de 2008, rec. 152/2004, de 15 de enero de 2013, rec. 779/2012, entre otras muchas). En relación a ello, en la citada STS de 15 de enero de 2013, el Tribunal Supremo ha afirmado que *«no es acorde con el referido principio de responsabilidad patrimonial objetiva su generalización más allá del principio de causalidad, aún de forma mediata, indirecta o concurrente, de manera que, para que exista aquélla, es imprescindible la existencia de nexo causal entre la actuación de la Administración y el resultado lesivo o dañoso producido, y que la socialización de riesgos que justifica la responsabilidad objetiva de la Administración cuando actúa al servicio de los intereses generales no permite extender dicha responsabilidad hasta cubrir cualquier evento»*.

(14) A este respecto debe seguirse la llamada teoría de la causalidad adecuada, expuesta en la STS de 28 de noviembre de 1998, rec. 2864/1994, o en la STS de 15 de enero de 2013, rec. 779/2012.

(15) Véase, por ejemplo, la STS de 20 de diciembre de 1994 (rec. 863/1992).

(16) Respecto a la apreciación de la existencia de la relación de causalidad entre hecho y perjuicio, es preciso, según el Tribunal Supremo (Sentencias de 27 de octubre de 1998 o 4 de octubre de 1.999), tener en cuenta los postulados que ha expresado en su jurisprudencia; entre otras en estas sentencias indicadas.

2. Los títulos de imputación en el supuesto de daños en zonas de riesgo natural. La configuración normativa de un deber de prevención de daños derivados de riesgos naturales

Como señala el profesor ESTEVE PARDO, la responsabilidad objetiva no requiere del elemento de la culpa y, para lograr un mayor empeño de la Administración en la evitación de daños derivados de fenómenos naturales, tendría sus ventajas (17). Pero nuestro sistema, como decimos, exige que el daño sea imputable a la Administración en una relación causa-efecto. Seguidamente vamos a tratar de analizar en qué supuestos podría exigirse responsabilidad patrimonial a la Administración por daños originados por un fenómeno de origen natural, ya no sólo cuando el peligro natural lo ha causado o agravado la actividad administrativa, sino, sobre todo, también sobre la base del entendimiento de que a la Administración correspondía prestar un servicio que, o bien no ha funcionado, o ha funcionado mal. Y, específicamente, nos referimos al supuesto del incumplimiento del deber de prevención como título de imputación de la responsabilidad a la Administración pública por daños originados por peligros naturales y elemento determinante de la causalidad. Por lo tanto, para analizar esta responsabilidad partiremos de la importancia jurídica de los principios de prevención y de precaución y de las obligaciones de diligencia que los mismos conllevarían respecto a la Administración Pública como garante de que no se produzca el daño.

Remitiendo a los conceptos y supuestos delimitados anteriormente, y centrándonos ya en el supuesto de daños derivados de la existencia de un riesgo natural conocido o predecible, encontraremos diversas posibilidades de imputación del daño a la Administración pública por daños relacionados con los riesgos naturales: por la propia actuación pública, en el caso de los riesgos naturales inducidos o generados por su actuación, o por la inactividad administrativa, cuando se produzca una omisión de un deber de adopción de medidas predictivas, preventivas o correctoras en relación al riesgo natural, que suponen un mal funcionamiento de la actividad de policía o control, ya sea demanial, en el caso de que corresponda a la administración velar por el buen estado del dominio público, o de policía de seguridad, en cuanto al control de la ocupación de suelos con riesgos naturales (como es el caso de la autorización para actividades vulnerables en zonas de riesgo), o respecto del control o limitación de actividades que ocasionan la peligrosidad natural

(17) Sin embargo, también genera una importante problemática. Al respecto, ESTEVE PARDO (1999: pp. 209-215), cree que «la aceptación de la impunidad de los riesgos del progreso o del desarrollo, además de carecer en la sociedad tecnificada de justificación actual, convierten a la postre a las personas, a la sociedad y al medio ambiente en laboratorios experimentales».

(autorización de actividades susceptibles de originar daños a consecuencia de accidentes derivados de su exposición al riesgo natural).

En el primer caso, de comportamiento activo, la imputación del resultado dañoso a la actuación administrativa se justificará con la acreditación de que el daño se produjo porque tal actividad administrativa originó el peligro del que posteriormente derivó el daño, bastando pues con que el daño sea consecuencia lógica de dicha actuación. Sin embargo, en el caso de la actuación omisiva, a la Administración sólo se le puede reprochar la falta de actuación si estaba jurídicamente obligada a actuar. Lo contrario conllevaría una ampliación desmesurada de la responsabilidad patrimonial de la Administración. Por lo tanto, la responsabilidad se fundamentaría en la existencia de unos deberes de intervención administrativa previa frente al riesgo natural garantizadora de su reducción o eliminación. En este sentido, la jurisprudencia ha venido reconociendo responsabilidad administrativa por este tipo de daños originados por un fenómeno de origen natural que podían haberse evitado si se hubiera actuado por parte de la administración previniéndolos y delimitando la zona de riesgo natural y/o excluyéndola de su utilización por actividades vulnerables, deber que ha de interpretarse en sentido abierto con fundamento en la garantía de la seguridad (18).

A) Responsabilidad por negligencia en la actividad de predicción o por falta de previsión del riesgo natural en el planeamiento

La primera cuestión fundamental para determinar si es imputable a la Administración el daño originado en una zona de riesgo natural no previsto o incluido en el planeamiento territorial y urbanístico es valorar si la Administración tiene atribuida la función, y por lo tanto el deber, de conocer o predecir tales riesgos, como paso previo a su prevención a través de estos instrumentos de ordenación (19).

En este sentido, y conforme al principio de prevención y al de garantía de la seguridad pública, en relación con los riesgos naturales, una correcta

(18) Vid. STS de 10 de noviembre de 2009, rec. 2441/2005. El fundamento básico del deber de actuación es la seguridad. Corresponde a la Administración pública velar por la seguridad de las personas y así se establece en la normativa de protección civil y en la propia Constitución española. Ese fundamento es el que justifica también la sujeción a autorización administrativa de las actividades y el control y vigilancia de éstas.

(19) La Ley 8/2007, de 28 de mayo, del suelo, fue la primera norma en España que tuvo en cuenta la realización de estudios dirigidos al conocimiento de la zonificación de los riesgos naturales para evitar catástrofes y remitir a que la planificación territorial se diseñe con conocimiento de estos riesgos. En su aplicación se redactó la «Guía Metodológica para la elaboración de cartografías de riesgos Naturales en España» por el Colegio Oficial de Geólogos, en virtud de convenio firmado con el Ministerio de Vivienda en 2007.

planificación habría de tener por objeto, en cualquier caso, la previsión de medidas destinadas a evitar o reducir los posibles efectos de los peligros naturales detectados en un determinado territorio. Estas medidas se basarían fundamentalmente en la predicción (anticipar cuándo puede ocurrir un fenómeno natural dañino, dónde y con qué intensidad) y la prevención (con el fin de mitigar los daños o eliminar los efectos de los diferentes peligros naturales mediante actuaciones tendentes a reducir la vulnerabilidad o la exposición a los peligros).

La elaboración de mapas de riesgos en los que se indiquen los peligros detectados se erige así en un elemento fundamental de prevención, pues el conocimiento de la existencia de los riesgos permite una ordenación del territorio adaptada a los mismos que evite la exposición de usos vulnerables a tales peligros naturales. Por ello, el artículo 15.2 del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Suelo (TRLRSL, en adelante), obliga a la Administración a incluir un *mapa de riesgos naturales* en el estudio ambiental estratégico (antes informe de sostenibilidad ambiental) necesario para la evaluación ambiental de los instrumentos de planeamiento territorial y urbanístico. Luego, si no se ha incluido éste en dichos instrumentos de ordenación, encontramos ya un primer elemento determinante de la responsabilidad administrativa en caso de que se produzcan daños, al omitirse esta actuación debida de la Administración en la elaboración del planeamiento.

Asimismo, según el artículo 10.1.c del TRLRSL, en la ordenación de los usos del suelo que hagan las Administraciones públicas será un criterio básico «la prevención de los riesgos naturales y de accidentes graves», disposición que complementa el artículo 2.1 al establecer la obligación de que las políticas públicas relativas a la regulación, ordenación, ocupación, transformación y uso del suelo contribuyan a la prevención adecuada de los riesgos, y que concreta el artículo 12.2.a) al obligar a la Administración competente a la inserción en la categoría de suelo rural, preservándolo de su transformación a través de la ordenación territorial y urbanística, de aquél suelo con riesgos naturales, incluidos los de inundación o de otros accidentes graves.

Específicamente en el caso del dominio público hidráulico y de los riesgos de inundaciones, el artículo 14 del Real Decreto 849/1986, de 11 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de Dominio Público Hidráulico (RDPH), dispone que la calificación como zonas inundables no alterará la calificación jurídica y la titularidad dominical que dichos terrenos tuviesen, si bien podrá incidir en las autorizaciones de usos que se acuerden en las tales zonas, pues «podrán» establecerse las limitaciones en el uso de las zonas inundables que se estimen necesarias para garantizar la seguridad de las personas y bienes.

Por lo tanto, de conformidad con estas previsiones normativas, y según corroboró nuestra Audiencia Nacional en Sentencia de 4 de abril de 2001 (rec. 245/2000), la limitación de usos en el planeamiento, para evitar usos residenciales o de actividades que conlleven una exposición al peligro que determine la existencia de riesgo, se constituye en actividad debida de la Administración con fundamento en la «seguridad pública», a pesar de que en las zonas inundables que no son dominio público parece configurarse normativamente sólo la posibilidad de hacerlo, según se deduce de la expresión utilizada por el artículo 14 del RDPH.

El valor normativo y ejecutivo, y no meramente consultivo, del mapa de riesgos (20), se va a traducir en que la discrecionalidad, característica típica de la actividad de planeamiento, se verá limitada con base en éste, que se incorpora al proceso de evaluación ambiental del mismo y que convierte en reglada (21), conforme al artículo 12.2 del TRLS, la clasificación de los suelos respecto a los que dichos mapas indican la presencia de riesgos naturales así como la calificación o definición de usos posibles en los mismos. Obviar este límite normativo impuesto por el mapa de riesgos a la actividad de planificación puede dar lugar a responsabilidad de la Administración por negligencia en la actividad de planeamiento (o error en la clasificación o calificación del suelo) o, incluso, a una actuación ilícita, en caso de incumplimiento de tales limitaciones.

Resultando clara, por lo tanto, la obligación de la Administración de prever los daños derivados de riesgos naturales mediante los instrumentos de ordenación territorial urbanística, se plantean posteriormente cuestiones sobre la exigencia de calidad del mapa de riesgos y su acierto pues, en definitiva, dicho mapa dependerá de los conocimientos científicos o técnicos del momento y de los datos disponibles conforme a experiencias pasadas (periodos de retorno) o, por ejemplo, de la precisión que ofrezca el mapa en función de la escala utilizada. Así, por ejemplo, la delimitación de las zonas sujetas a riesgo de inundación se hace en función de los periodos de retorno, lo que llevaría a plantear la eficacia de tales mapas de riesgos naturales a la luz, por ejemplo, del problema que puede suponer basarse exclusivamente en tales periodos de retorno o en episodios históricos, dadas las consecuencias del cambio climático, o la cuestión de si la elaboración de dichos mapas

(20) Este carácter normativo del mapa de riesgos naturales es una conclusión clara que podemos deducir del estudio de la jurisprudencia en la materia. Al respecto, véase, por ejemplo, la STSJ de Valencia núm. 235/2007, de 2 de febrero.

(21) Como se deduce, por ejemplo, de la STS de 12 de mayo de 2011, en el recurso a la Sentencia del TSJ de Aragón de 24 de mayo de 2007, si bien la jurisprudencia no es pacífica en este punto, encontrando una excepción en tal sentido, por ejemplo, en STS de 12 de diciembre de 2011, rec. 376/2009.

debería hacerse conforme a planteamientos científicos futuros en virtud del principio de precaución.

Todo ello ha de tener necesariamente consecuencias sobre el régimen de responsabilidad administrativa teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 141.1 de la LRJPAC. De este modo, si el riesgo natural no ha sido previsto porque no se disponía en el momento de la confección de los mapas de riesgo de las técnicas adecuadas para detectar el peligro natural, la Administración quedaría exenta de responsabilidad, como ha sido reconocido jurisprudencialmente, por concurrir fuerza mayor, dada la imprevisibilidad del hecho (22). Sin embargo, si disponiéndose de las técnicas no se han empleado o hubieran podido evitarse los daños derivados de un fenómeno natural de haberse tenido en cuenta los mapas de riesgo existentes que se han obviado, la jurisprudencia se muestra proclive al reconocimiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración (23).

Por otro lado, los avances técnicos y de conocimiento científico obligan a plantear el carácter retroactivo de los mapas de riesgos, a efectos de la responsabilidad de la Administración. Si la detección de un peligro natural antes desconocido en un territorio da entrada a la disposición del artículo 12.2 del TRLS, comparto la opinión de quienes entienden que ello ha de suponer, forzosamente, la necesaria revisión de la ordenación urbanística conforme a estos nuevos mapas (24) para adaptarlos a la realidad y convertirlos así en instrumentos encaminados a evitar la exposición a tales peligros ambientales y garantizar la seguridad de las personas. Y, asimismo, la revisión de los mapas de riesgo es obligada en virtud del principio de prevención (25).

Finalmente, una cuestión consecuente a la revisión del planeamiento sería la necesaria aplicación de la cláusula «rebus sic stantibus» y la de progreso técnico a las autorizaciones otorgadas conforme a la ordenación anterior, especialmente en los casos en que así lo prevé la normativa ambiental.

(22) Véase, por ejemplo, la STS 14 de octubre de 2002 (rec. 5294/1998) o la STSJ Cataluña de 1 de abril de 2004 (JUR 2004/146546).

(23) Al respecto, la Audiencia Nacional, en SAN de 4 de abril de 2001 (rec. 245/2000) ha dicho que «las lluvias torrenciales sí han podido preverse y no exoneran de responsabilidad a la Administración» con fundamento en la existencia de unos mapas de riesgos que se ignoraron». También la STS de 31 de octubre de 2002 (JUR 2003/25584), en el caso del desbordamiento de un río, estando cartografiado el riesgo, sin que la Administración adoptara medidas para evitar los daños.

(24) En esta línea, véase GONZÁLEZ GARCÍA (2009: p. 93).

(25) El no prever un riesgo natural teniendo técnica adecuada para ello sería una falta de diligencia que derivaría en responsabilidad administrativa a juicio de ESTEVE PARDO (2009: p. 41).

B) Responsabilidad por negligencia en la adopción de medidas de limitación o reducción del riesgo debidas en virtud del ejercicio de la actividad de policía

El otro supuesto de imputación de responsabilidad a la Administración sería el caso del funcionamiento anormal de la actividad de policía o de intervención previa para la eliminación o reducción del riesgo natural. La garantía de la seguridad y la consecuente necesidad de que la Administración controle la adaptación de las actividades a la normativa vigente convierten en debida la actividad de intervención o control, en este caso, para el cumplimiento de la normativa de prevención y adaptación al riesgo natural (y, especialmente, al cambio climático).

En este supuesto de posible responsabilidad administrativa incluiríamos tanto los casos de mal funcionamiento de la policía demanial, dado que muchos de los riesgos naturales se ubican en el dominio público, como el caso de que la Administración no haya ejercido correctamente su labor de control administrativo respecto a la exposición de actividades al riesgo natural (previo, mediante las autorizaciones administrativas, o a posteriori, en su caso, con las fórmulas de control derivadas de la transposición e implementación de la Directiva de Servicios).

Así, uno de los ámbitos de aplicación de este supuesto de responsabilidad por mal funcionamiento de la actividad de policía lo referiremos a la falta de actuación debida en el ejercicio de la acción de policía demanial y al incumplimiento de actuaciones preventivas debidas en el dominio público, de especial trascendencia en el caso de las inundaciones. Es la propia regulación del dominio público la que atribuye esta potestad de policía administrativa en relación con los riesgos e impone a la Administración pública el deber de actuación. Así, por ejemplo, el Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Aguas, obliga a los organismos de cuenca a realizar las correspondientes actuaciones tendentes al mantenimiento y conservación de los cauces que constituyen parte del dominio público hidráulico (artículos 23, 40, 42, 92 y 94) y a asegurar su adecuada protección con arreglo a lo previsto en el correspondiente plan hidrológico de cuenca, que comprenderá los criterios sobre estudios, actuaciones y obras para prevenir y evitar los daños debidos a inundaciones, avenidas y otros fenómenos hidráulicos (26). Y, en este sentido, la jurisprudencia ha asentado que el fundamento de la responsabilidad administrativa está en el incumplimiento de la

(26) En los supuestos de inundaciones, véase el tratamiento que hace de la responsabilidad de la Administración hidráulica FERNÁNDEZ GARCÍA (2010: pp. 123-158; especialmente, pp. 129-131).

función de policía que corresponde a la Administración (27) y ha delimitando diversos supuestos en los que la Administración debe responder por incumplimiento de este deber de actuación o por falta *in vigilando*, generalizándose las sentencias en las que se reconoce la obligación de la Administración hidráulica acerca de la limpieza y dragado de los cauces cuando la sedimentación progresiva, la acumulación de maleza u otras circunstancias puedan producir desbordamientos peligrosos y sin dejar lugar a dudas de la responsabilidad de la Administración por incumplimiento del deber de cuidado y diligencia cuando las lluvias no tengan carácter extraordinario (28). Así, junto a esos supuestos generales de estimación de demandas de responsabilidad patrimonial por daños ocasionados por inundaciones cuando la Administración no ha mantenido un cauce en las debidas condiciones de limpieza y seguridad en ejercicio de sus deberes derivados de la función de policía de aguas (29), encontramos otros en los que se ha reconocido esa responsabilidad patrimonial por dejadez y no intervención administrativa frente a construcciones en zonas de riesgo, incumpliendo asimismo ese deber de policía demanial (30), por no dragado o limpieza de un río que le permitiera una mayor capacidad de desagüe en el que se originan posteriormente desbordamientos e inundaciones (31), o por

(27) Véanse, por ejemplo, las Sentencias del Tribunal Supremo de 31 de octubre de 2006, rec. 3952/2002 y de 26 de abril de 2007, rec. 2102/2003, según las cuales, «*el deber de responder en el supuesto de desbordamiento de un cauce en circunstancias climáticas normales como consecuencia del incumplimiento de la administración de mantenerlo en debidas condiciones o de evitar la actuación de terceros que puedan suponer un obstáculo al curso de las aguas no se manifiesta sólo ... en la elaboración y ejecución de planes, sino también, y de modo quizá menos característico, pero más continuo, directo e inmediato, en la función de policía de aguas que corresponde a la administración.*».

(28) Véase, por ejemplo, la SAN de 17 de noviembre de 2014 (rec. 300/2013).

(29) STS de 31 de octubre de 2006 y 26 de abril de 2007, ya citadas, y otras como las Sentencias de la Audiencia Nacional sobre las inundaciones en el Río Guadalquivir en 2010; entre ellas, las SAN de 15-10-2013 (rec. 319/2012), 27-3-2014, 8-7-2014, 10-7-2014 21-10-2014, 25-11-2014, 30-9-2014, en las que se ha declarado que debe reconocerse «*la responsabilidad de la administración no sólo en los casos en que la inundación o el desbordamiento es originado por una actividad administrativa positiva o por la omisión unida a la creación de una situación previa de riesgo —en una modalidad que podría caracterizarse como equivalente a la comisión por omisión—, sino también en los casos en que se incumple de modo omisivo puro el deber de poner fin o impedir hechos o actos ajenos a su actuación que pueden provocar el desbordamiento y la perniciosa acción de las aguas que discurren por los cauces naturales. Solamente se reconocen como excepciones, en uno y otro supuesto, los acontecimientos de lluvias torrenciales o a destiempo, que son considerados como casos de fuerza mayor excluidos expresamente por la ley. (...)*».

(30) STS de 17 de marzo de 1993 (rec. 694/1988), 7 de octubre de 1997 (rec. 8879/1992), ó de 29 de febrero de 2008 (rec. 139/2005).

(31) STS de 24 de enero de 1992 (rec. 50/1987), STSJ Aragón de 26 de marzo de 2007 (rec. 184/2004), o la SAN de 8 de octubre de 2010 (rec. 109/2009), en la que la responsabilidad se reduce al 50 % por concurrir el mal mantenimiento del cauce del arroyo

no actuar frente a la actividad privada generadora de riesgos, e incluso por omisión unida a situación de riesgo (32).

Un supuesto específicamente tratado en nuestra jurisprudencia en relación con el riesgo de inundación es el de los desembalses de agua de presas y embalses (33), entendiéndose que existirá responsabilidad de la Administración por una mala previsión que provoca la necesidad de proceder al desembalse de una cantidad de agua tal que no resulte posible su evacuación por el río. La Jurisprudencia ha considerado que, ante las previsiones meteorológicas, la Administración debe gestionar adecuadamente y regular el caudal de los embalses, soltando agua de forma paulatina para evitar que se encuentren al límite de su capacidad cuando llegan las lluvias (34). De este modo, parece configurarse una *lex artis* que determina el proceder correcto de la Administración en estos casos y la anormalidad en el funcionamiento del servicio público, en caso de incumplimiento, que permita la imputación del daño a la Administración.

Pero, por otro lado, no sólo el carácter demanial del bien atribuye a la Administración ese deber especial de vigilancia para evitar los efectos de los riesgos naturales, sino que, como decíamos, dado el carácter normativo de los mapas de riesgo y la atribución genérica a la Administración del deber de garantizar la seguridad (35), la delimitación de una zona de riesgo en el planeamiento significa que «el organismo competente debe realizar un especial esfuerzo para reducir al mínimo las posibilidades de que se produzcan

con lluvias torrenciales no consideradas como fuerza mayor. Sin embargo, es necesario aludir aquí a la teoría de quienes no se muestran partidarios de los dragados, como causa de daño ambiental que, incluso, pueda dar lugar a empeoramiento de la situación de riesgo. Esta es la opinión manifestada, por ejemplo, por el profesor LOSADA RODRÍGUEZ en las mencionadas Jornadas sobre Derecho y Riesgos Naturales, celebradas en Granada, o del profesor JORDANO FRAGA (2003: pp. 237-266), citado también por FERNÁNDEZ GARCÍA (2010: p. 137).

(32) Como es el supuesto de las SAN de 7 de junio de 2010 (rec. 83/2009) o 17 de enero de 2001 (rec. 662/1999) y STSJ de Asturias de 12 de noviembre de 1999 (rec. 1019/1997) o, incluso, en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 19-10-2001 (JUR 2002/39513), que citamos por su detalle.

(33) También específicamente tratado por FERNÁNDEZ GARCÍA (2010: pp. 140-143).

(34) En este sentido, la SAN de 8 de octubre de 2014 (rec. 8020/2012), consideraba que «ante las previsiones meteorológicas se debió regular el caudal de los embalses, soltando agua de forma paulatina para evitar que se encontraran al límite de su capacidad cuando llegaron las lluvias, como así fueron previstas por la información meteorológica difundida en las semanas anteriores. Se incumple así una de las funciones de los embalses, cual es la de regular y laminar las posibles avenidas y evitar así daños por inundaciones».

(35) Con toda lógica, según ESTEVE PARDO (1999: p. 59), el control y eliminación de riesgos se ha considerado como una función característica del Estado y los poderes públicos. El objetivo al que tal función apunta no es otro que el de la seguridad y ésta es una de las razones del Estado.

inundaciones en estas zonas de riesgo» (SAN de 10 de julio de 2014, rec. 314/2012). No olvidemos, sin embargo, que los conceptos de zona inundable y dominio público no presuponen una coincidencia espacial.

Además, la inserción del suelo en el que se presentan riesgos naturales en la categoría o situación de suelo rural y la limitación de usos permitidos sobre el mismo tiene, como primera consecuencia, el carácter reglado de la denegación de licencias de edificación o de actividades sobre dicho suelo, salvo las excepciones previstas por la normativa urbanística para esta tipología de suelos (36). La concesión de licencias en tales lugares y situaciones daría lugar a una vulneración de la ordenación urbanística o territorial y a una inobservancia del mapa de riesgos, por lo que les podría ser de aplicación el régimen de las licencias ilegales (37).

También la jurisprudencia se ha pronunciado en algunos casos de responsabilidad por mal funcionamiento administrativo en el supuesto de actividad de control mediante autorización, bien por autorizar actividades en zonas de riesgo natural (38) o por haberlas autorizado no valorando adecuadamente errores en el proyecto (39). En estos supuestos es claro el deber de la Administración de denegarlas en los casos de solicitud de licencias en zona de dominio público, pero se presentan más problemas cuando son zonas de riesgo no claramente definidas debido, por ejemplo, a la escala del mapa o en los supuestos en que no existe un informe específico sobre tales riesgos, sobre todo habida cuenta de que el artículo 15.3 del TRLS no incluye la obligatoriedad de incluir un informe sobre riesgos naturales entre los que han de solicitarse en la fase de consultas de los instrumentos de ordenación.

(36) A diferencia, por ejemplo, del Derecho francés, que permite una graduación de las posibilidades de uso del suelo rural en función de unas escalas de riesgos ambientales. Vid. *CHERIOUX* (2006: pp. 50-57). La incorporación de un sistema parecido en nuestro ordenamiento requeriría una modificación del TRLS.

(37) Es interesante, en este sentido, la Sentencia del TSJ de Murcia núm. 689/2013, de 16 septiembre, relativa a daños en vivienda por inundaciones, respecto de la que había sido concedida licencia para construirla en una zona de riesgo natural (rambla) y, además, se genera mayor riesgo inducido con la construcción de una pista deportiva que incrementa el caudal que llega. El tribunal concluye la existencia de nexo causal entre los daños producidos y la actuación del Ayuntamiento de Totana, tanto por la concesión de la licencia municipal para construir una vivienda en el cauce natural de las aguas, como por la autorización y construcción de una zona deportiva de gran extensión también en zona de riesgo, construcción que contribuyó al agravamiento del riesgo natural de inundación sobre la finca de los reclamantes al aumentar el caudal del cauce de una rambla, entendiéndose que no se debió otorgar la licencia, o en todo caso debieron adoptarse las medidas necesarias para evitar daños como los producidos.

(38) SAN de 21 de diciembre de 2005 (rec. 1976/2001, Biescas), SAN de 1 de febrero de 2002 (rec. 224/2000), ó STSJ Asturias de 5 de febrero de 1999 (rec. 2595/1995).

(39) Caso de la SAN de 24 de septiembre de 2009 (rec. 300/2007), referida a los daños originados por la rotura de la presa de Bolidén en Aznalcóllar.

Sin embargo, a veces es complejo para la Administración adoptar la decisión de autorizar o no una actividad, sobre todo en esos casos mencionados en que no es conocido el riesgo, aún siendo posible conocerlo según la tecnología disponible, o cuando existen posibilidades de adaptación de la actividad al mismo. Seguramente, el conocimiento previo del riesgo puede determinar, por aplicación del principio de precaución, que una actividad no se autorice pero, si no se conocía, no será tenido en cuenta y, probablemente, se concederá la autorización. A esta situación añadiríamos la dificultad que en otras ocasiones conlleva para la Administración la presión de los interesados para obtener las autorizaciones administrativas para el desarrollo de una actividad en zona de riesgo alegando y justificando con informes técnicos la adopción de medidas de reducción de la vulnerabilidad de las instalaciones o edificaciones ante el peligro, o alegando razones técnicas (indeterminación del riesgo). En estos casos cobra especial importancia el principio de proporcionalidad, junto al de precaución, para resolver la tensión entre la asunción del riesgo al dar la licencia y el riesgo social que se asumiría en caso de no darla por los intereses económicos y sociales del desarrollo que conlleva la actividad (sociedad del riesgo) (40).

También resulta de nuestro interés hacer algunas referencias a los supuestos de responsabilidad por daños originados por una actividad cuando la Administración no ha previsto los efectos de los riesgos naturales sobre dicha actividad y, debido a éstos, la actividad se convierte en un foco de peligrosidad o en concausa de daños. Sobre todo, habida cuenta de que la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de responsabilidad medioambiental, excluye la responsabilidad de los operadores de la actividad en los casos de daños medioambientales o amenaza de que se produzcan ocasionados por fenómenos naturales.

Si bien los riesgos naturales se incluyen en la evaluación ambiental estratégica del planeamiento territorial y urbanístico, principalmente a raíz de lo dispuesto en el artículo 15.2 del TRLS, la Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de Evaluación Ambiental, no hace referencia directa a una obligación de previsión

(40) Y ello, sin olvidar que, además, la cuestión de la responsabilidad administrativa se complica en este ámbito por la incidencia de las nuevas fórmulas de control administrativo a posteriori derivadas de la Directiva de Servicios y de su trasposición a nuestro ordenamiento que obligan a la reconsideración del régimen de responsabilidad administrativa, en el que habrá que sopesar entre la valoración de la diligencia administrativa en la actuación de comprobación posterior a la presentación de la comunicación previa o declaración responsable o la traslación de responsabilidad al operador o a los técnicos certificadores para su puesta en marcha. No obstante, entendemos que la existencia del riesgo natural ha de considerarse entre las «razones imperiosas de interés general» que determinan el mantenimiento de la sujeción a autorización administrativa, bajo la aplicación del principio de proporcionalidad, del desarrollo de actividades en estas zonas de riesgo. Véase al respecto ARANA GARCÍA y GRANADOS RODRÍGUEZ (2010: pp. 1-26).

en las evaluaciones de impacto ambiental de los riesgos a los que se exponen las actividades que se van a instalar en una zona de riesgo, como uno de los factores que puedan incidir en los propios impactos ambientales de la actividad evaluada, normalmente agravando dichos impactos. La normativa no establece que la Administración deba responder de los daños producidos por una actividad sujeta a su control a raíz de su exposición a riesgos ambientales. La Evaluación de Impacto Ambiental (EIA) no contempla el factor riesgo natural como elemento a tener en cuenta a la hora de implantar una actividad. El motivo puede ser el hecho de que el TRLS ya establecía que las zonas de riesgo natural han de considerarse suelo rural y no es posible edificar o deba establecerse una limitación de usos en las mismas. Sin embargo, estas limitaciones que suponen la inserción del suelo afecto por riesgos naturales en la situación de suelo rural no obvia el hecho de que en el suelo rural pueden darse también usos y edificaciones, por lo que la previsión del TRLS puede quedar corta a efectos de la prevención ante posibles daños en estas zonas de riesgo y de responsabilidad por los mismos. De este modo, la intervención administrativa sobre las instalaciones de actividades en zona de riesgo únicamente encuentra fundamento normativo en el planeamiento territorial o urbanístico al que se ha incorporado esa limitación de usos obligada por los mapas de riesgos naturales, con las limitaciones que hemos visto que conlleva la problemática de la escala empleada o de la indeterminación o falta de adaptación a la realidad o la imprecisión de estos mapas, pero, a partir de ahí, la Administración competente para autorizar el ejercicio de la actividad no entra a valorar, salvo cuando lo considere oportuno y lo requiera específicamente como detalle del estudio ambiental estratégico o del estudio de impacto ambiental (41), un estudio de las medidas tendentes a reducir la exposición o vulnerabilidad de la actividad al riesgo en el propio proyecto de la actividad.

Por otro lado, entendemos que el deber de la Administración basado en el principio de precaución y en el deber de garantizar la seguridad, impone una diligencia administrativa no sólo respecto a la previsión de los riesgos naturales y de sus efectos directos, sino también de los posibles impactos de una actividad en los supuestos en que ésta se vea afectada por un riesgo natural, al efecto de la adopción de medidas tendentes a la eliminación o reducción de tales impactos que pudieran generarse o agravarse por efecto del fenómeno natural detectado. Como ejemplo de la lógica de esta idea, la SAN de 21 de diciembre de 2005 (RJCA 2006/188), relativa a la reclamación por los daños ocasionados por las inundaciones en el camping Las Nieves, en Biescas, sentaba que la Administración pública queda obligada a «estudiar y valorar» el entorno en el que se sitúan las actividades autorizadas por ella, debiendo incluso tener presente la vulnerabilidad de la actividad concreta frente a los fenómenos naturales en lo

(41) El órgano ambiental decide cuál es el alcance del estudio de impacto ambiental y qué ha de incluir (artículo 34.1 y 2.c) de la Ley 21/2013, de evaluación ambiental).

que respecta a las personas. En conclusión, de esta teoría se colige que, para la lógica jurisprudencial, no es suficiente con que la Administración prevea qué efectos puede tener una actividad concreta sobre el entorno, sino que también ha de estudiar cómo influye el entorno sobre la actividad y los posibles impactos derivados de la interacción entre esos riesgos naturales y la actividad.

Si bien la Administración, a través de las licencias, con carácter general, ha de velar por el cumplimiento de la normativa (incluida no sólo la ambiental, sino también la urbanística y la ordenación del territorio y, por lo tanto, las disposiciones de los planes y de los mapas de riesgos que éstos incorporan), es precisa una actuación de control específico en los supuestos de vulnerabilidad o exposición de las actividades ante riesgos naturales, como manifestación del principio de precaución (42). Éste y el principio de desarrollo sostenible son suficientes para fundamentar el deber de previsión en este ámbito, si bien sería conveniente que la evaluación de la repercusión de los riesgos naturales sobre los impactos de la actividad obtuviera un tratamiento más adecuado en la normativa de evaluación ambiental. No tiene sentido que la Administración autorice una actividad vulnerable ante un riesgo natural al que se expone sin asegurarse de la adopción de las oportunas medidas, cuando éstas sean posibles o viables técnicamente, o simplemente que deniegue la autorización con base en esas circunstancias naturales para evitar los daños que pudieran producirse, sólo por el hecho de que el procedimiento de evaluación ambiental correspondiente para la puesta en marcha de la actividad no incluya la valoración de estas circunstancias y sus posibles efectos sobre la actividad de forma directa. De esta forma, no se otorgaría la licencia de obra si no constara la autorización ambiental que, a su vez, dependería de la corrección de los posibles efectos de la actividad derivados de su exposición a los riesgos naturales, pues, sin dichas medidas de corrección, la evaluación ambiental de dicha actividad habría de ser negativa. En tal caso, cabría incluso plantear la posible responsabilidad de la Administración también frente al titular de la actividad por autorizarla, disponiendo de la información que le hubiera permitido conocer la vulnerabilidad de la actividad ante el peligro natural conocido (43).

(42) Las Administraciones, al corresponderles autorizar la actividad, son las que velan por el cumplimiento de la normativa vigente y por la implementación de los principios generales, como el de precaución, en los casos de incertidumbre. Vid. ESTEVE PARDO (2009: p. 26).

(43) En opinión de VERA JURADO (2003: p. 394), si una Administración otorga una licencia para una actividad que incumple o no reúne todos los requisitos necesarios y que, como consecuencia de ello se producen daños, la Administración habría de responder puesto que dicha autorización se encuentra en la esfera de actuación del órgano autorizante. En nuestra opinión, en este sentido, no hemos de olvidar la tradicional línea jurisprudencial favorable a la exigibilidad de responsabilidad patrimonial de la Administración por concesión de licencia de obra para la edificación de locales de actividades cuando no es posible su autorización ambiental.

3. La fuerza mayor y la concurrencia de culpa de terceros o de la propia víctima en el caso de la responsabilidad por daños ocasionados por fenómenos naturales

Como ya hemos recordado, la responsabilidad patrimonial requiere la existencia de una relación causal entre la actividad o inactividad administrativa y el daño. No siempre es fácil para el reclamante probar esta relación causal; prueba que, en cualquier caso, requerirá, en nuestro ámbito de estudio, la necesidad de acreditar una infracción a un deber de cuidado no siempre exigible ya que, como ha dicho ESTEVE PARDO (44), «no cabe exigir diligencia para prevenir o eliminar un riesgo que no se conoce».

Por otro lado, nuestra jurisprudencia ha sido clara en su consideración de los hechos que puedan determinar la ruptura del nexo de causalidad, refiriéndose a aquellos que comportan fuerza mayor (45) y a la participación intencional o negligente de la víctima en la producción del daño o a la intervención de un tercero como agente activo, siempre que estas circunstancias hayan sido determinantes de la existencia de la lesión y de la consiguiente obligación de soportarla en todo o en parte (STS de 15 de enero de 2013, rec. 779/2012, entre otras muchas).

En todo caso, el carácter objetivo de la responsabilidad impone la prueba de la concurrencia de fuerza mayor o circunstancias demostrativas de la existencia de dolo o negligencia de la víctima para considerar roto el nexo de causalidad corresponda a la Administración (46).

En cuanto a la valoración del concepto de fuerza mayor en el ámbito de los riesgos naturales, como causa excluyente de responsabilidad de la Admi-

(44) Vid. ESTEVE PARDO (1999: p. 210).

(45) La existencia de fuerza mayor tiene como consecuencia jurídica en el ámbito de la responsabilidad patrimonial, por lo tanto, la exclusión del deber de responder de la Administración pública por los daños que hayan sufrido los particulares en sus bienes y derechos. Por fuerza mayor se ha entendido, según doctrina del Consejo de Estado, «aquellos casos insólitos y extraños al campo normal de las previsiones típicas de cada actividad (...) o ... aquél suceso que no hubiera podido preverse o que previsto fuera inevitable. Sin embargo no hay una definición clara en nuestro Derecho. En este sentido, BARRERO RODRÍGUEZ (2009: pp. 93 y 94), considera que el Derecho debería definir «los parámetros para su concreción en los diversos ámbitos en los que la administración desarrolla sus funciones». Sin embargo es preciso para ello acudir a la Jurisprudencia, donde encontramos abundantes sentencias que concretan este concepto como, por ejemplo, las SSTs de 26 de abril de 2002 (rec. 127/1999) o de 3 de mayo de 1995 (rec. 2715/1990).

(46) La fuerza mayor tiene que demostrarla la Administración, según numerosa jurisprudencia que ya ha citado el profesor JORDANO FRAGA (2000: p. 74). Para ello no existen muchos criterios regulados o asumidos jurisprudencialmente, dando lugar a casuística y a cierta inseguridad. Únicamente hay un caso claro de definición, cuando normativamente se califica un hecho como «catástrofe» y se procede a la calificación de «zona catastrófica», ello es un criterio de prueba de un evento como fuerza mayor.

nistración (47), y habida cuenta de que en este concepto se suelen incluir los sucesos naturales imprevisibles e inevitables, habrá que considerar, pues, si cuando acaece un suceso natural que origina daños en una zona de riesgo estamos o no en presencia de causa de fuerza mayor que pueda excluir la responsabilidad administrativa por ruptura del nexo causal al tratarse de un hecho irresistible. En este sentido, la jurisprudencia no es muy sólida en la consideración de la concurrencia de fuerza mayor en supuestos de fenómenos naturales. Así, hay casos en los que, con carácter general, se reconocen como fuerza mayor (por ejemplo, en los casos de heladas, véase la STS 17-12-1982, Ar. 8027) y otros en los que, también generalizadamente, no se reconoce (por ejemplo, en los casos de desprendimiento de rocas —STS 2-10-1990, Ar. 8390, 28-2-1998, Ar. 3198—, movimientos de terreno —STS 6-2-1988, Ar. 784, STS 30-11-1985, Ar. 6508 o 11-7-1995, Ar. 5632—, fisuras en viviendas, o corrimientos de tierra —STS 24-1-1997, Ar. 739—).

La jurisprudencia ha venido exigiendo, como requisitos de la fuerza mayor, la imprevisibilidad e inevitabilidad de los hechos y, para distinguirla del caso fortuito, que se trate de una fuerza extraña al ámbito de actuación del agente (48). Pero, en el caso de los riesgos naturales, la inclusión o exclusión de hechos en el concepto de fuerza mayor es una cuestión técnica. Tanto la imprevisibilidad (conocimiento o desconocimiento del peligro), como la irresistibilidad (referida a la vulnerabilidad ante el peligro natural) dependen del conocimiento técnico (49). Si la fuerza mayor se caracteriza por la nota de la imprevisibilidad, en cuanto que la técnica permita conocer la existencia del peligro y predecir los posibles daños ya no cabría hablar de la concu-

(47) Véanse las SSTS de 31 de octubre de 2006, rec. 3952/2002, y de 26 de abril de 2007, rec. 2102/2003.

(48) Los elementos de la fuerza mayor, según el TS, son la exterioridad, la imprevisibilidad, y la irresistibilidad. La STS 23-10-1969 (Ar. 4829) entiende por fuerza mayor «aquel suceso que está fuera del círculo de actuación del obligado, que no hubiera podido preverse o que previsto fuera inevitable, que haya causado un daño directo y material, que exceda visiblemente los accidentes propios del curso normal de la vida por la importancia y trascendencia de su manifestación». También la STS 11-7-1995, Ar. 5632, dice que «El concepto de fuerza mayor ... se define por dos notas fundamentales cuales son el ser una causa extraña exterior al objeto dañoso y a sus riesgos propios, imprevisible en su producción y absolutamente irresistible o inevitable aun en el supuesto de que hubiera podido ser prevista». Y en las SSTS de 31 de octubre de 2006, rec. 3952/2002, y de 26 de abril de 2007, JUR 2102/2003. También la STS 20-10-1997, Ar. 7254, Caso de la presa de Tous, en la que el Tribunal Supremo define la fuerza mayor en virtud de tres elementos: no periodicidad histórica, cuantitativo, y cualitativo.

(49) Encontramos pues en estos supuestos un cierto paralelismo con lo dispuesto en el artículo 6.1.3. de la Ley 22/1994, que excluye la responsabilidad por daños ocasionados por productos defectuosos cuando «el estado de los conocimientos científicos y técnicos existentes en el momento de la puesta en circulación no permitía apreciar la existencia de defecto».

rrencia de ésta (50), pues siempre se podría evitar el daño actuando sobre la exposición o adoptando medidas para la reducción de la vulnerabilidad. De ahí la importancia del componente técnico en este ámbito para determinar la diligencia, que convierte al conocimiento del riesgo en elemento valorativo de la responsabilidad y al concepto de fuerza mayor en un concepto jurídico indeterminado susceptible de determinación técnica. Ello se traduce en que adquieren enorme importancia los informes periciales en los procedimientos o pleitos en los que se dilucida la responsabilidad administrativa por daños originados por fenómenos naturales (51).

Imaginemos así, por ejemplo, que, en un futuro, la tecnología permite predecir exactamente en qué sitio va a haber un terremoto o una inundación, de qué intensidad y duración y cuáles podrían ser sus efectos. ¿No se entendería en tal caso que habría responsabilidad de la Administración si, conociendo esos datos, no actúa de forma preventiva frente al mismo evitando la exposición y reforzando la vulnerabilidad? (52) Ya no estaríamos ante un supuesto de fuerza mayor que excluyera la responsabilidad, sino en una situación de simple evitabilidad del efecto, aunque no del hecho.

Es preciso mencionar también que, según se ha determinado por la Jurisprudencia (por ejemplo, STS 31-5-1999, Ar. 6154) no basta la insuficiencia de conocimientos científicos en la materia para que opere la exclusión de

(50) En este sentido tenemos que valorar también, como ya nos recordaba JORDANO FRAGA (2000: p. 35), citando a ANTONMATTEI, «Contribution à l'étude de la force majeure», pp. 10-11, que la fuerza mayor es un concepto de carácter mutable según las épocas y, añadimos, las posibilidades técnicas.

(51) Para delimitar los supuestos de fuerza mayor los técnicos acuden al conocimiento de la experiencia pasada, con base en el concepto técnico de periodos de retorno, que ha sido asumidos por la jurisprudencia como prueba de la «previsibilidad» de que se pudieran producir los fenómenos causantes de los daños. Véase, por ejemplo, la SAN de 31 de octubre de 2002, ya citada, en la que se hace referencia a la STS 10-3-1992 (RJ 1992/1823), según la cual las lluvias torrenciales «se producen en ciclos no inferiores a los 500 años, lo que le atribuye un indudable carácter extraordinario, con la indubitada calificación del hecho como fuerza mayor». También la STS de 16 de marzo de 1984 (1984/1490) o 28 de julio de 1986 (1986/4451). En la SAN de 8 de octubre de 2010 (rec. 109/2009) se refiere un periodo de retorno de 50 años para valorar si lluvias torrenciales son fuerza mayor o no. Se basa en que es el establecido en el correspondiente plan hidrológico. En el Plan Hidrológico del Guadalquivir, en cuya memoria, punto 4 titulado «Acciones para reducir los daños de inundación», se establecen una serie de actuaciones estructurales basadas, entre otros objetivos, en que « todos los cauces deberán poder evacuar sin daños la avenida de 50 años de periodo de retorno como mínimo».

(52) Recordemos, en este sentido, la experiencia italiana en la Sentencia del Tribunal del'Aquila de 29 de enero de 2013, que incluso entendió el carácter penal de la responsabilidad por la conducta «aproximativa, genérica e ineficaz» respecto a los deberes de previsión y precaución ante el terremoto y en la valoración del riesgo que era exigible a los imputados.

responsabilidad por fuerza mayor, sino que esa insuficiencia debe probarla la Administración.

En nuestra opinión, como consecuencia de esta nota de la imprevisibilidad, entendemos que no cabe hablar de concurrencia de fuerza mayor cuando se reiteran los fenómenos naturales, ya que no puede predicarse entonces tal imprevisibilidad (53), a pesar de que encontramos algunos casos en los que el tribunal ha mantenido la exclusión de responsabilidad por fuerza mayor aunque con anterioridad se habían repetido los hechos causantes de daños en la misma zona de riesgo (54).

Otro aspecto de interés en el estudio de la fuerza mayor como determinante de la exclusión de la responsabilidad patrimonial de la Administración sería la incidencia del principio de precaución. La operatividad del principio de precaución supondría que cuanto menos previsible sea un riesgo natural más incertidumbre genera y, en consecuencia, más precaución se habría de tener (55), sopesando de forma proporcionada la continuidad de la actividad de desarrollo. Aún en el caso de que un suceso sea imprevisible, la teoría de la fuerza mayor es inaplicable si se hubieran podido evitar los daños, incluso

(53) Esta es la opinión mantenida por la Jurisprudencia francesa, que niega la presencia de fuerza mayor ante fenómenos recurrentes (ej., SCA d'Appel de Lyon de 13-5-1997). También ha sido utilizado este argumento en nuestra jurisprudencia, por ejemplo en la STS de 20 de octubre de 1997 (rec. 455/1997, caso de la presa de Tous), en la que nuestro Tribunal Supremo ha entendido que no se puede seguir la teoría de la fuerza mayor para los casos en los que el desbordamiento de un río suponga una reiteración en el tiempo, siendo responsabilidad de la administración competente en tanto en cuanto le corresponde a ella tomar las medidas concretas de inspección, gestión y conservación. Dice que en el proyecto de la presa se tuvo que tener en cuenta las condiciones ambientales del lugar en concreto, que se han ido sucediendo a lo largo de la historia, fundamentándose en el principio de previsión. También la SAN de 21 de diciembre de 2005, sobre las inundaciones en el camping Las Nieves en Biescas, exponía que no cabe apreciar fuerza mayor por imprevisibilidad, puesto que los estudios científicos y pruebas periciales están de acuerdo en que las lluvias torrenciales eran previsibles. Así, por ejemplo, también en la STS de 30 de noviembre de 1980 (Ar. 4200) se estima que no hay fuerza mayor por un desbordamiento de aguas de un barranco como consecuencia de la construcción de una autopista tras unas lluvias torrenciales, porque es recurrente de forma notoria.

(54) Por ejemplo, en la STS de 23 de noviembre de 1981, Ar. 4186, se califica como fuerza mayor el desbordamiento de río que es recurrente. También el TSJ de Extremadura ha insistido en que se trata de fuerza mayor excluyente cuando en sentencias propias anteriores reconoce haber dictaminado fuerza mayor en inundaciones anteriores ocurridas en el mismo río (Jabalón), como se deduce de la Sentencia de 9 de abril de 2013, rec. 478/2011 (lluvias torrenciales de diciembre de 2009) y posteriormente en sentencia núm. 270/2014, de 20 de marzo, rec. 435/2012, por lluvias que se produjeron en diciembre de 2010, pero que también se produjeron previamente en diciembre de 2009, enero y febrero de 2010.

(55) ESTEVE PARDO (2009: pp. 25 y 28). El Derecho ha de tomar decisiones sobre una base incierta debido a que la propia ciencia es incapaz de resolver incluso las incógnitas por ella creadas.

adoptando medidas tendentes ya no a evitar el fenómeno natural pero sí las consecuencias dañosas del mismo (56). Ello ha dado lugar a opiniones (57) acerca de que la concurrencia de fuerza mayor no siempre exonera de responsabilidad a la Administración. Incluso en el caso de que, siendo previsible, el fenómeno natural sea inevitable, tal previsibilidad significa que sí puede actuarse sobre la exposición o vulnerabilidad de modo preventivo (58). No obstante, habría de valorarse entonces si bastaría con la irresistibilidad, a pesar de la previsibilidad, para excluir la responsabilidad administrativa. En cuanto a la nota de irresistibilidad que caracteriza a la fuerza mayor no sólo hay que tener en cuenta el aspecto técnico (técnicamente casi siempre podría haber solución), sino también el económico (cuando la solución técnica es económicamente inviable) (59) o social (60).

Para terminar, en el estudio de la concurrencia de fuerza mayor en el ámbito de los daños por riesgos naturales es interesante mencionar también la jurisprudencia que mantiene la responsabilidad de la Administración incluso

(56) En este sentido, véase, por ejemplo, la STS de 31 de mayo de 2004 (2004/188791). Y, aunque no por su importancia pero sí por su claridad respecto a esta afirmación, véase la Sentencia núm. 253/2014, de 10 de julio, del Juzgado de lo Contencioso-administrativo de Lleida (proc. 389/2012), en la que se declara la responsabilidad del Ayuntamiento por los daños sufridos en un vehículo que resbaló sobre una placa de hielo en la carretera que, si bien no pudo ser evitada por la Administración, sí se entendía que podía haber sido señalado el peligro que representaba evitando así la exposición a éste por el perjudicado.

(57) Véase en este sentido la opinión de JORDANO FRAGA (2000: p. 43), estudiando el Derecho comparado: «la presencia de un fenómeno conceptuable como fuerza mayor no exonera en todo caso la responsabilidad de la Administración. En nuestra jurisprudencia cita la STS de 30 de noviembre de 1985, Ar. 6508, referida a un caso de avalancha por lluvias torrenciales en carretera con daños a vehículos. Aún siendo imprevisibles, la Administración podría haber delimitado una zona de seguridad que evitara el desprendimiento. «El parámetro para la afirmación de responsabilidad debe ser en estos supuestos la indiferencia o irrelevancia del actuar administrativo.... Si la actuación negligente es irrelevante no existe causalidad, prevaleciendo entonces la exclusión de responsabilidad por la presencia de fuerza mayor». También en p. 47, dice que «un evento no será conceptuable como supuesto de fuerza mayor si es evitable».

(58) Es la opinión de LOZANO CUTANDA (2003: p. 226). Ante un riesgo real, contrastado científicamente, se han de adoptar unas medidas con el fin de evitarlo.

(59) Sería interesante valorar en este ámbito la posibilidad de aplicar del criterio de las BAT (best available technology), al que recurre la cláusula de progreso técnico en la autorización de actividades con incidencia ambiental, supeditando la viabilidad de la instalación a la implantación de la mejor tecnología disponible en condiciones económicas proporcionadas.

(60) Pensemos, por ejemplo, el caso de las ciudades de Granada, Tokio o San Francisco, situadas en zona de riesgo sísmico, donde sería verdaderamente complicado evitar la concesión de nuevas licencias para construcción de viviendas o la implantación de actividades, a pesar de estar asumiendo su exposición a un peligro natural.

cuando concurre la culpa de la propia víctima con la negligencia administrativa junto al hecho natural que ocasionó daños (61).

También en este ámbito hemos de hacer una breve referencia obligada al caso especial del cambio climático como riesgo natural o como causa de generación o agravación de riesgos naturales y de sus efectos desde la perspectiva de la responsabilidad de la Administración Pública, no ya sólo desde el punto de vista de la necesidad de revisión de los mapas de riesgos naturales a lo que nos hemos referido anteriormente, sino también desde la perspectiva de la consideración de la imprevisibilidad de determinados fenómenos naturales a efectos de su consideración como causa de fuerza mayor. Al respecto hemos de partir de que el cambio climático es ya un hecho técnicamente aceptado y de que sus consecuencias, generalmente fenómenos naturales generadores de riesgo (por ejemplo, la subida del nivel del mar en las zonas costeras), son ya previsibles o, al menos, en cierto modo previsibles, desde un punto de vista científico.

En este sentido, toda la normativa producida con ocasión del cambio climático, incluida la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, de 1992, en la que se establecía la obligación de prever, prevenir o reducir y mitigar los efectos adversos del cambio climático, parte de la premisa de que no deben los Estados escudarse en la incertidumbre científica para posponer medidas preventivas en los casos de amenaza de daño grave y, en consecuencia, se han de tomar medidas adecuadas en cada Estado para evitar dichos daños. Por lo tanto, ese deber de prevención se erige en fundamento para la imputación de responsabilidad administrativa en caso de incumplimiento. Como consecuencia de este deber de actuación, el riesgo natural generado por el cambio climático ha de tenerse en cuenta en la elaboración de mapas de riesgos naturales. En este sentido, en el caso de los riesgos de inundaciones, por ejemplo, la Directiva 2007/60/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2007, relativa a la evaluación y gestión de los riesgos de inundación, cuya transposición se realizó por R.D. 903/2010, de 9 de julio, establece que los Estados miembros tendrán que tener elaborada una evaluación del riesgo potencial de inundación y, por lo tanto, se ha de adaptar la ordenación del territorio y «la planificación de los usos del suelo a los riesgos de crecidas torrenciales, ajustando las normas de construcción existentes para que las infraestructuras de largo plazo sean resistentes a futuros riesgos climáticos». Y, por lo tanto, no podrá la Administración escudarse en el concepto de fuerza mayor o en la falta de conocimientos

(61) Por ejemplo, la STS de 11 de abril de 1986, Ar. 2633, referida al caso de daños en una casa por lluvias que originaron inundación por mala conservación por parte de la Administración del dominio público, pero concurriendo la circunstancia de que no funcionaba la bomba de desagüe de la casa dañada.

técnicos para evitar responsabilidades si éstas derivan de la falta de adopción de medidas tendentes a la superación de los riesgos derivados del cambio climático o a la adaptación a sus efectos cuando se hayan establecido dichas medidas en los correspondientes planes de adaptación al cambio climático que han de elaborar los Estados o, incluso, a los planes especiales de emergencias a que se refiere el artículo 5.1 del R.D. 470/1992, de 4 de abril, por el que se aprueba la Norma Básica de Protección Civil.

Finalmente, por otro lado, la jurisprudencia también ha reconocido la exoneración de responsabilidad para la Administración, a pesar del carácter objetivo de la misma, cuando es la conducta del propio perjudicado o la de un tercero la única determinante del daño producido, aunque hubiese sido incorrecto el funcionamiento del servicio público (62). Sin embargo, en los casos de que los daños se ocasionen por un riesgo inducido a consecuencia de actividades u obras de particulares cuando la Administración tenía atribuido un deber de vigilancia o de intervención sobre tales actividades, la jurisprudencia ha fallado a favor del reconocimiento de responsabilidad administrativa (63). En estos casos se entiende que la Administración no ha cumplido sus elementales obligaciones de cuidado y diligencia derivadas de sus funciones de policía frente a las actuaciones u obras abusivas o ilícitas.

Incluso irregularidades imputables a los propios perjudicados en relación con su exposición al riesgo no han sido causa de exclusión de la responsabilidad de la Administración, habiendo considerado los tribunales, en tales supuestos, que el hecho de que un particular se exponga a un peligro natural, aún sin licencia administrativa, no obsta para que pueda existir responsabilidad de la Administración cuando ésta podía evitarlo o cuando su actuación negligente ha contribuido a la generación del mismo (64), salvo los casos de

(62) En este sentido, por ejemplo, las Sentencias del Tribunal Supremo de 19 de junio de 2007 (rec. 10231/2003), de 3 de mayo de 2011 (rec. 120/200) o de 14 de noviembre de 2011 (rec. 4766/2009).

(63) Véanse, por ejemplo, las SSTs de 31 de octubre de 2006 (rec. 3952/2002) de 26 de abril de 2007, 21/02/2003 o STS 13-3-1993 (rec. 694/1988), referidas a construcciones o actividades de terceros que dan lugar a que se originen daños por incidir sobre el riesgo natural.

(64) Por ejemplo, la STS de 6 de febrero de 1996, Ar. 2038. La falta de autorización de la Administración hidráulica en un caso de daños en cultivos en zona inundable no excluyó la responsabilidad de la Administración. También en la SAN de 8 de julio de 2014 se decía que no cabe sostener, como hace la Junta de Andalucía, que el daño padecido por la demandante por causa de las inundaciones no puede considerarse antijurídico por hallarse la finca en zona inundable, en base a que la propia naturaleza del terreno favorecería la producción del daño. O la SAN de 10 de julio de 2014 (rec. 314/2012), según la cual la mera inclusión de las fincas dañadas en la Cartografía de Zonas Inundables no conlleva per se un riesgo tal de inundación de sus terrenos por circunstancias naturales que determine el deber jurídico de su propietario de soportar cualesquiera daños causados por el desbordamiento

fuerza mayor o cuando no exista vínculo alguno de causalidad entre la actuación administrativa y el resultado producido. Sin embargo, a la vista de que el artículo 9 del TRLS, al describir el contenido del derecho de propiedad del suelo, refiere la obligación de dedicar los terrenos afectos a riesgos naturales a usos que no sean incompatibles con la ordenación territorial y urbanística, ya que, en concreto, en relación con el suelo rural, el precepto establece que «*el deber de conservarlo supone mantener los terrenos y su masa vegetal en condiciones de evitar riesgos de erosión, incendio, inundación, para la seguridad o salud pública, daño o perjuicio a terceros o al interés general, incluido el ambiental*», creemos en parte acertada alguna excepción específica a esta tendencia jurisprudencial (65).

En otras ocasiones, la respuesta ante la concurrencia de culpa de la víctima ha sido más salomónica, dictándose resolución conforme a la teoría de la concurrencia de culpas y ponderándose la indemnización al cincuenta por ciento (66).

de los cauces, con independencia de las causas de este. Cuando, como aquí ha ocurrido, se reprochan a la Junta de Andalucía actuaciones y omisiones que causaron el desbordamiento del río Guadalquivir, tanto por el deficiente estado de conservación de sus cauces como por la inadecuada gestión de desembalses, la antijuridicidad del daño se muestra evidente, no teniendo el perjudicado el deber jurídico de soportar los daños sufridos.

(65) Véase la STS de 23 de noviembre de 1981, Ar. 4186, en la que el alto tribunal ha negado la responsabilidad de la Administración alegando culpa del perjudicado respecto a los daños originados por una inundación sobre una estación de servicio porque el recurrente la había instalado en zona inundable. Sin embargo, en los supuestos en los que el titular de los terrenos incluidos en zonas de riesgo no haya adoptado las medidas adecuadas para la reducción de su vulnerabilidad ante el riesgo, conociendo su existencia, algunos tribunales sí han entendido que existe obligación de soportar el daño (por ejemplo por construir en zona inundable y no adoptar dichas medidas), excluyéndose entonces la responsabilidad administrativa. O la STSJ de Extremadura núm. 270/2014, de 20 marzo, en la que se entiende que hay «responsabilidad de los titulares de los predios ribereños que deben adoptar medidas para evitar daños derivados de la cercanía de sus fincas al cauce, pues no en vano conocen perfectamente la evolución natural del arroyo». La conclusión es que nos encontramos con un supuesto de fenómeno natural de inundación en el ámbito estrictamente rural que causa unos daños a fincas rústicas, sin que se le pueda achacar a la Administración Hidráulica responsabilidad alguna en ese nexo causal necesario entre la prestación de un servicio público por su parte y los daños reclamados. Se trata «de terrenos sometidos a periódicos encharcamientos por su naturaleza inundable y que, por lo tanto tienen, por su naturaleza, la obligación de soportar su encharcamiento en caso de regímenes pluviométricos excepcionales, como el de autos» (párrafo sexto del fundamento de derecho segundo de dicha sentencia).

(66) Así, por ejemplo, en la SAN de 17 de noviembre de 2014 (rec. 300/2013), la Audiencia entiende que hay concurrencia de culpas por mala gestión de la Administración en caso de unas filtraciones de agua que originan inundación en finca y por no haberse previsto en el proyecto de construcción de una nave, mediante estudio geotécnico, que se ubicaba en suelo con arcillas expansivas lo que supuso, por lo tanto, que no se adaptó la construcción a dicha circunstancia.

En definitiva, podemos observar que la gran complejidad de la responsabilidad patrimonial en los supuestos de riesgos naturales deviene de la dificultad de acreditar el nexo causal o, en otro sentido, su ruptura, o por la dificultad de determinación, por lo tanto de la existencia de un deber jurídico de soportar el daño derivado de los peligros naturales, dada la incidencia de cuestiones técnicas de fondo y la falta de criterios técnicos claros en la determinación de la concurrencia o no de fuerza mayor y, por otro lado, en la aceptación del riesgo que conlleva el desarrollo económico y social. Sin embargo, lejos de encontrar actualmente soluciones sólidas a esta problemática, la mayor incertidumbre técnica que se vislumbra en el futuro y la deficiencias normativas y jurisprudenciales que hemos podido observar, hacen de los riesgos naturales un «Talón de Aquiles» para la seguridad jurídica en el ámbito de la responsabilidad.

IV. BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ GÁLVEZ, Javier y DÍAZ VALCÁRCEL, Rosalina (1985): «Acerca de la responsabilidad patrimonial del Estado en los daños causados por el terrorismo», en *Revista La Ley*, núm 3, pp. 921-925.
- ARANA GARCÍA, Estanislao y GRANADOS RODRÍGUEZ, Juan Fernando (2010): «La desaparición de las licencias en las actividades clasificadas incluidas en el ámbito de la Directiva de Servicios: el supuesto particular de la legislación ambiental andaluza», en *Revista General del Derecho Administrativo*, núm. 25, pp. 1-26.
- BARRERO RODRÍGUEZ, Concepción (2009): *Fuerza Mayor y Responsabilidad Administrativa Extracontractual*, Pamplona, Aranzadi.
- BELADÍEZ ROJO, Margarita (1997): *Responsabilidad e imputación de daños por el funcionamiento de los servicios públicos*, Madrid, Tecnos.
- CHERIOUX, B. (2006), «L'urbanisation et la prevention des risques en zone inondable», en *Revue juridique, politique et économique de la Nouvelle-Calédonie*, núm. 1, pp. 50-57.
- ESTEVE PARDO, José (1999): *Técnica, riesgo y Derecho, Tratamiento del riesgo tecnológico en el Derecho Ambiental*, Barcelona, Ed. Ariel.
- ESTEVE PARDO, José (2009): *El desconcierto del Leviatán. Política y Derecho ante las incertidumbres de la ciencia*, Madrid, Marcial Pons.
- FERNÁNDEZ GARCÍA, J.F. (2010): «La responsabilidad patrimonial de la Administración hidráulica en el supuesto de inundaciones», *Revista de Administración Pública*, núm. 182, pp. 123-158.
- FERNÁNDEZ GARRIDO, María Isabel (2006): *Los riesgos naturales en España y en la Unión Europea: Incidencia y estrategias de actuación*, Tesis doctoral, Universidad de Cantabria.

- GONZÁLEZ GARCÍA, J.L. (coord.) (2009): *Mapas de riesgos naturales en la ordenación territorial y urbanística*, Madrid, Ilustre Colegio Oficial de Geólogos.
- GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús (1996): *Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas*, Madrid, Civitas.
- HEINTZ, A. (1985): *La notion de force majeure en droit administratif*, Aix-en-Provence, mem. D.E.A., droit public.
- JORDANO FRAGA, Jesús (2000): *La reparación de los daños catastróficos. Catástrofes naturales*, *Administración y Derecho Público: responsabilidad, seguro y solidaridad*, Madrid, Marcial Pons.
- JORDANO FRAGA, Jesús (2003): «Ciencia, tecnología, medio ambiente y responsabilidad patrimonial de la Administración: en especial, los denominados riesgos del desarrollo», en *Documentación Administrativa*, núm. 265, pp.1-29.
- LAGADEC, Paul (1981): *La civilization du risque*, París, Du Seuil.
- LOZANO CUTANDA, Blana (2003): *Derecho Ambiental Administrativo (3ª edición)*, Madrid, Dykinson.
- LLASAT BOTIJA, M^o Carmen (2012): «Riesgos Naturales: clasificación, conceptos y cuestiones», en *Actuarios*, núm. 12, pp. 7-11.
- MARTÍN RETORTILLO, Lorenzo (1987): «De la eficiencia económica en el sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración. De las indemnizaciones derivadas de los hechos terroristas», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 19, pp. 97-140.
- MODERNE, Frank (1986): «La responsabilité de l'État et des communes en cas de réalisation de risques naturels et technologiques majeurs», *Drot et Ville*, núm. 21, pp. 157-202.
- NIETO GARCÍA, Alejandro (1994): *Derecho Administrativo sancionador, 2ª edición*, Madrid, Tecnos.
- NIETO GARCÍA, Alejandro (1987): «La relación de causalidad en la responsabilidad administrativa: Doctrina jurisprudencial», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 53, pp. 427-433.
- OCHOA MONZÓ, Jorge (1998): *Riesgos mayores y protección civil*, Madrid, McGraw Hill.
- VERA JURADO, Diego (1994): *La Disciplina Ambiental de las Actividades Industriales*, Madrid, Tecnos.
- VERA JURADO, Diego (dir) (2003): *El medio ambiente urbano*, Granada, CEMCI.

LA VIVIENDA DE USO TURÍSTICO Y SU INCIDENCIA EN EL PANORAMA NORMATIVO ESPAÑOL (*) (**)

NICOLÁS ALEJANDRO GUILLÉN NAVARRO

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.– II. EL TURISMO COLABORATIVO COMO ALTERNATIVA AL TURISMO TRADICIONAL.– III. EL FENÓMENO DE LAS VIVIENDAS DE USO TURÍSTICO: CONSECUENCIAS EN EL ÁMBITO TURÍSTICO.– IV. REGULACIÓN DE LAS VIVIENDAS DE USO TURÍSTICO: ANTECEDENTES Y SITUACIÓN ACTUAL.– V. EL ARRENDAMIENTO DE TEMPORADA.– VI. LA VIVIENDA DE USO TURÍSTICO: CONCEPTO Y EXCLUSIONES.– VII. CARACTERÍSTICAS, REQUISITOS Y SERVICIOS.– VIII. PROCEDIMIENTO DE INICIO Y EJERCICIO DE LA ACTIVIDAD.– IX. LA INCIDENCIA DE LAS COMUNIDADES DE PROPIETARIOS.– X. ADMINISTRACIÓN LOCAL Y VIVIENDAS DE USO TURÍSTICO: EL USO TERCIARIO.– XI. INSPECCIÓN Y RÉGIMEN SANCIONADOR.– XII. CONCLUSIÓN.– XIII. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: El presente estudio trata de analizar cómo las Comunidades Autónomas han hecho frente al fenómeno de las viviendas de uso turístico. La modificación de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de arrendamientos urbanos, por la Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas, el auge de su oferta a través de Internet, la economía sumergida y la competencia desleal frente a otros establecimientos de alojamiento turístico son algunas de las razones que ayudarán a valorar hasta qué punto las viviendas de uso turístico deben contar con un marco jurídico que controle la actividad de los propietarios y proteja al turista.

Palabras clave: turismo colaborativo; plataformas p2p; vivienda turística; arrendamiento de temporada; Airbnb.

ABSTRACT: *This study aims to analyze the phenomenon of homes for tourist use in Spain. Due to the modification of the Rent Act 1994 by Easing measures and promoting housing rental market Act 2013, the black economy or the unfair competition with other tourist establishments, some self-governing communities have started to introduce regulations to deal with them and to control the activity of the owners for the benefit of the consumer/tourist.*

Key words: *collaborative consumption; web p2p; homes for tourist use; lease; Airbnb.*

(*) Trabajo recibido en esta REVISTA el 1 de octubre de 2015 y evaluado favorablemente para su publicación el 22 de octubre de 2015.

(**) Estudio realizado en el marco del grupo de investigación consolidado ADESTER (Administración, Economía, Sociedad y Territorio) de la Universidad de Zaragoza.

I. INTRODUCCIÓN

Al amparo del fenómeno del turismo colaborativo, las viviendas de uso turístico han asumido un protagonismo importantísimo en los últimos años a nivel mundial, generándose en España un debate con muchas partes enfrentadas y con intereses contrapuestos. Vistas por las familias como una interesante fuente de ingresos que permite en muchos casos llegar a fin de mes, temidas por el sector hotelero como consecuencia de ser foco de competencia desleal, oportunidad de encontrar alojamiento a buen precio por parte de los turistas y contrariedad del sector público en cuanto a su regulación, sin duda el análisis de la problemática e incidencia de las viviendas de uso turístico no puede dejar indiferente a nadie.

Es verdad que este tipo de alojamiento turístico ha existido desde décadas en España, si bien con la revolución de las nuevas tecnologías y la aparición de diversas plataformas ha alcanzado una importancia tal por su impacto económico y turístico, que ha llevado a replantear su tratamiento jurídico. Además, los recientes cambios normativos dados sobre todo por la reforma de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de arrendamientos urbanos (en adelante, LAU) por la Ley 4/2013, de 4 de junio, *de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas*, ha impulsado definitivamente el que algunas Comunidades Autónomas, con base en sus competencias turísticas, hayan regulado las mismas. A pesar de ello, no son pocos las dudas acerca de si es necesario dicho «intervencionismo» en una actividad que hasta hace poco funcionaba sin ningún criterio o control. A favor o en contra de las viviendas de uso turístico, no cabe duda de la necesidad de análisis de todos los aspectos que giran en torno a ellas y conseguir con ello una visión clara de la problemática generada.

II. EL TURISMO COLABORATIVO COMO ALTERNATIVA AL TURISMO TRADICIONAL

Economía, consumo, turismo colaborativo son todos ellos términos que han aparecido en los últimos años como técnicas revolucionarias ante la crisis económica mundial. Con ello hablamos de intercambios de bienes y servicios entre personas en red (sistema p2p o *peer to peer*) que quieren disfrutar de los mismos, pero de una manera más económica que ofrece el mercado. Las facetas sobre la que se ha expandido el colaboracionismo son múltiples, aunque en el ámbito del turismo sobre todo se centran en el transporte de personas y el alojamiento (1).

(1) Por lo que respecta a la incidencia de la economía colaborativa en el ámbito del transporte y en concreto la incidencia de plataformas como Uber o BablaCar: LEIÑENA MENDIZÁBAL (2015) y GONZÁLEZ ORDEN, VALLEJO ANDRADA y SARASOLA SÁNCHEZ-SERRANO (2015).

Centrándonos en este último, debemos partir de que cuando hablamos de turismo colaborativo, el surgimiento de una nueva generación de viajeros (*viajeros 3.0*), sobre todo jóvenes amantes de las nuevas tecnologías y conectados a la red, lleva consigo otra dimensión del turismo y con ello el denominado turismo colaborativo o también llamado «turismo p2p».

Resulta complicado definir lo que supone el turismo colaborativo, si bien autores como Russo (2015) lo relaciona con la producción de servicios turísticos entre redes de personas que a su vez se convierten en consumidores. Así, el consumidor adquiere el papel de proveedor de servicios turísticos dentro de lo que Molz (2012, p. 216) ha venido a denominar «sociedad reticular», la cual se estructura a través de un sistema de relaciones desterritorializadas que giran en torno al mundo virtual. Con ello, el uso de las TICs juega un papel fundamental al configurar esa conexión entre sujetos a lo que se debe sumar otros aspectos fundamentales como son la sostenibilidad, la cooperación social y el sentimiento de comunidad (Guevara Plaza, 2015).

Realmente, dentro del turismo colaborativo la confianza dentro de los miembros de la comunidad hace que la aparición de nuevos productos y servicios tienda a desmarcarse del mercado y con ello que desaparezca cualquier tipo de intermediación, reduciendo costes y encontrándonos, por lo tanto, ante una alternativa a la oferta comercial de servicios turísticos (Russo y Quagliari Domínguez, 2014). De todos modos, la confianza entre los miembros es un elemento imprescindible al que debe sumarse la reputación del usuario que ofrece su bien (Botsman y Rogers, 2010).

Es verdad que la doctrina no establece un único modelo de turismo colaborativo, ya que el aspecto económico juega un papel importante. Así, considerando el turismo colaborativo como mecanismo de cooperación entre sujetos insertos en una comunidad virtual, el modelo de turismo colaborativo puro sería aquél en el cual no existe una transacción económica sino el intercambio de servicios turísticos entre individuos, por lo que el aspecto económico pasa a un segundo plano, primando el disfrute vacacional del turista. En este modelo se pueden englobar diferentes tipologías de turismo p2p como el *couchsurfing*, acoger viajeros en el sofá de casa; *homeexchange*, intercambiamos de casas completas entre personas; o el *nightswapping*, por el que se acoge a miembros de esta comunidad en la habitación de invitados (2).

(2) Vid. Couchsurfing (2015); Nightswapping (2015) y HomeExchange (2015). En el caso del *nightswapping* no necesariamente se tiene que alojar en la casa del huésped, sino que existe una bolsa de alojamiento con diferentes destinos en la que se puede gastar las noches acumuladas. Por lo que respecta al intercambio de casas (*HomeExchange*), la página web incluye un acuerdo que debe ser firmado por el anfitrión y el huésped en el que se incluye la información sobre el intercambio (fecha de entrada y salida, nombre de los

Fuera de este bloque de lo que correctamente se asocia a turismo colaborativo, se encuentran diversas plataformas que a través de internet ofrecen el alquiler de viviendas turísticas (*vid.* Airbnb o Wimdu). El problema de partida es el hecho de que haya un intercambio por dinero que conlleva el que no estemos ante un turismo colaborativo propiamente dicho, sino ante un alquiler de vivienda o de habitación con un intermediario que actúa como una agencia online y que en algunos casos se lleva una comisión por la prestación de dicho servicio (3). Algunos autores como Russo (2015), han englobado a estas plataformas dentro de lo que se denomina modelo «híbrido» en el que existe una motivación comercial que desvirtúa el trasfondo y finalidad «colaborativa» de este nuevo turismo.

Por otra parte, es conveniente aludir a la cara negativa del turismo colaborativo. Con ello me refiero a la asociación que se suele hacer con la economía sumergida y el intrusismo, sobre todo en esos modelos híbridos a los que he hecho referencia (Figuerola Martín, 2015). Se debe partir de la circunstancia de que el turismo colaborativo no cuenta con un marco jurídico que articule las relaciones entre sujetos, situación más grave si cabe cuando en estos intercambios existe una transacción económica y con ello el ánimo de lucro. Es por ello que cuando la cooperación social se desvirtúa generando conflictos entre agentes, conviene plantear barreras que pongan freno a acciones de personas que, aprovechando los beneficios del colaboracionismo, eluden las obligaciones legales a las que están sujetas por la actividad económica que están desarrollando.

III. EL FENÓMENO DE LAS VIVIENDAS DE USO TURÍSTICO: CONSECUENCIAS EN EL ÁMBITO TURÍSTICO

La importancia y entidad del fenómeno de las viviendas de uso turístico en nuestro país no puede entenderse sin la aparición de diversas plataformas como Airbnb, Wimdu o HomeAway. Tomando como bandera el denominado *home sharing*, modalidad de alojamiento dentro del turismo colaborativo o

huéspedes, etc.), la posibilidad de restringir el acceso a zonas de la casa, instrucciones para platos o mascotas que haya en la casa o lo relativo a gastos sobre suministros (por ejemplo, las llamadas internacionales).

(3) Este aspecto es señalado por DANIEL NÚÑEZ (2014), el cual, aludiendo a las palabras de Ramón Estalella, secretario general de la Confederación Española de Hoteles y Alojamientos Turísticos (en adelante, CEHAT), argumenta el que no se pueda considerar un modelo *peer to peer* cuando nos encontramos ante una empresa que cobra una comisión y tiene un portal que ordena por precios. Con ello, este intermediario debe ser considerado una agencia online que ofrece alquileres en vivienda privada.

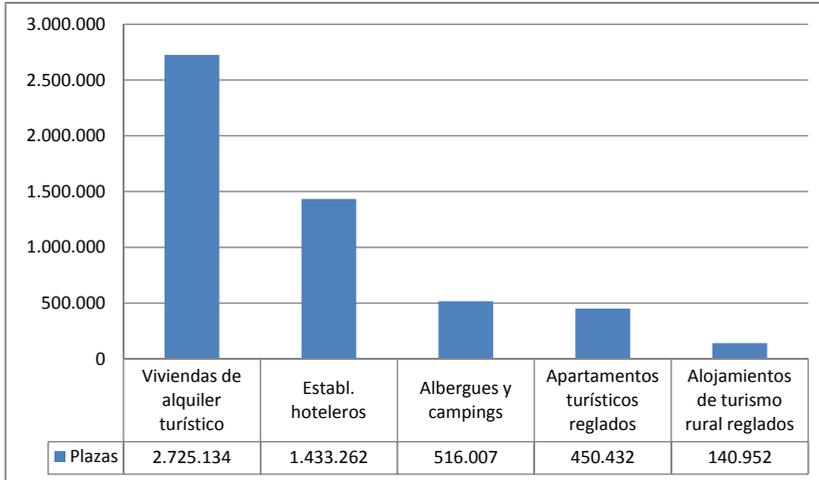
turismo p2p, estas webs han revolucionado nuestro concepto de alojamiento vacacional.

No cabe duda que el turismo residencial se ha convertido en nuestro país en una de las alternativas de alojamiento más utilizadas por los turistas. Ello se debe en parte a la gran variedad de tipologías de alojamiento que podemos encontrar como son la «segunda vivienda, vivienda turística, familiar de uso turístico, vacacional, turístico-residencial, hábitat vacacional, urbanización vacacional, residencia múltiple, alojamiento turístico privado, no reglado o extrahotelero, promociones de alojamientos turísticos privados, de uso compartido, etc.» (Brandis, 2012). Los propietarios de estas viviendas ven en su explotación un buen mecanismo de recibir unos ingresos «extra», viendo en el turismo colaborativo un instrumento para lograr su objetivo escudándose en los «privilegios» que ofrece su funcionamiento al margen de obligaciones legales o tributarias.

Además, cuando se habla de este tipo de alojamiento debemos hacer especial mención a un elemento fundamental sin el cual este fenómeno no habría alcanzado tal magnitud. Me refiero a las plataformas de internet, las cuales actúan como intermediarias y que alteran la gestión directa entre sujetos y con ello la esencia del colaboracionismo (Pizam, 2014). Criticadas por alentar un intrusismo y competencia desleal frente a sectores turísticos reglados como el hotelero (Hosteltur, 2014), no cabe duda el plantear si realmente su incidencia en el turismo es tal para otorgar un marco jurídico adecuado o simplemente dejar su funcionamiento en manos del mercado y que el mismo determine su devenir. De ahí que se analice este fenómeno desde diversos puntos de vista: turístico, económico, social, urbanístico, fiscal y competitivo.

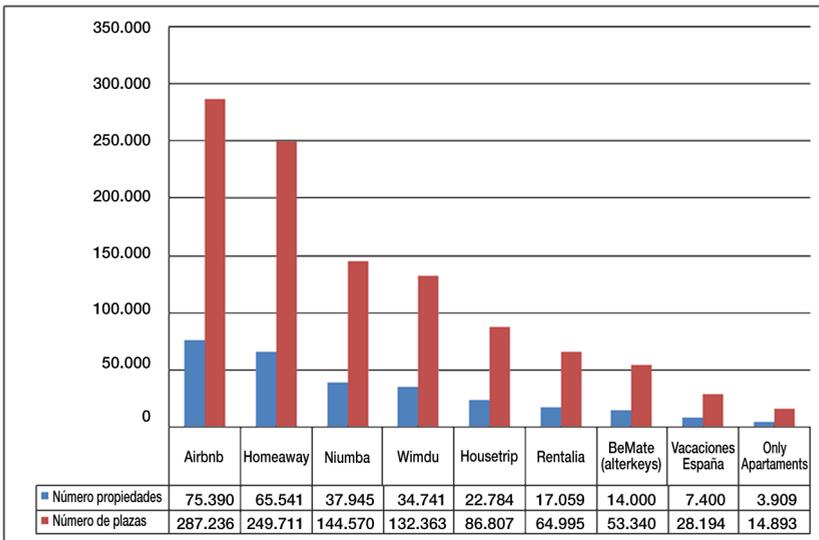
El primer dato interesante a aportar es el relativo a las plazas que ofrece esta tipología de alojamiento. Según el informe Exceltur (2015), en 2014 se estima que las viviendas de uso turístico suponían 2.725.134 plazas (*gráfico 1*), cifra nada desdeñable si la comparamos con las plazas hoteleras (1.433.262) o las que ofrecen los apartamentos turísticos reglados (450.432). Resulta curioso comprobar (*gráfico 2*) cómo más de un millón de plazas son ofertadas a través de plataformas p2p siendo Airbnb la que cuenta con un mayor número (287.236). Ello conlleva afirmar que las plataformas son un elemento esencial en la promoción y gestión de las viviendas de uso turístico, más si cabe en ciudades importantes como Madrid o Barcelona. Así, según los datos ofrecidos por Exceltur (2015), Barcelona se sitúa como líder en plazas de alojamiento en viviendas de uso turístico con más de doscientas mil plazas (215.598). A partir de ahí, Madrid cuenta con una oferta de casi la mitad (133.274) y ya más distante se sitúan Sevilla (42.267) o Málaga (39.371).

Gráfico 1: Distribución planta alojativa en España (2014)



Fuente: elaboración propia a partir de datos de Exceltur (2015).

Gráfico 2: Oferta de plazas en VUT en España por plataformas p2p a diciembre de 2014



Fuente: elaboración propia a través de datos de Exceltur (2015).

En cuanto a la asociación entre turista y vivienda de uso turístico, los datos arrojan que en 2014 más de 16 millones de turistas (nacionales y extranjeros) escogieron este tipo de alojamiento (*tablas 1 y 2*). Las razones son variadas, primando sobre todo el precio asequible. No obstante, no es el único motivo. Desde Airbnb (2015), por ejemplo, se alude a los beneficios de este tipo de alojamiento, el cual acerca culturas y fomenta el uso sostenible de los recursos existentes (gasto energético, agua, emisión de gases) gracias al perfil de huéspedes mayoritario que usa este tipo de alojamiento y que está concienciado con la conservación del medio ambiente y el uso del transporte público (4). Además, la doctrina apunta otras razones como las referidas a la ubicación o a la facilidad a través de este alojamiento de huir de barrios turísticos hacia zonas más cosmopolitas (Russo y Quagliari Domínguez, 2014) o incluso exclusivas o de alto standing (Romero Montero, 2014).

Tabla 1: Número de viajes por tipo de alojamiento, según duración (2014)

	Total	de 1 a 3 noches	de 4 a 7 noches	de 8 a 15 noches	más de 15 noches
TOTAL	151.397.320	105.366.643	26.536.993	12.403.491	7.090.192
Hoteles/similares y Complejo turístico	32.158.090	20.467.154	7.990.749	3.284.535	415.654
Vivienda propia/ multipropiedad	38.277.036	32.220.310	2.366.923	1.401.340	2.288.463
Vivienda alquilada*	8.635.885	1.674.662	4.464.035	1.742.003	755.185
Vivienda de familiares o amigos (gratis)	61.328.665	43.858.762	9.233.563	4.960.267	3.276.073
Otros**	10.997.645	7.145.755	2.481.724	1.015.347	354.819

*Vivienda alquilada: Incluye vivienda alquilada a particulares y agencias.

**Otros: Incluye camping/caravana, especializados, casa rural y otros alojamientos.

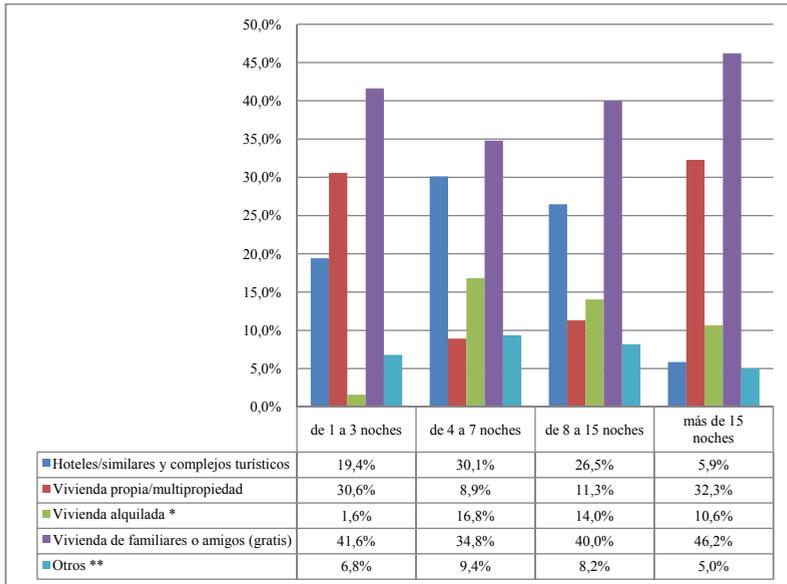
Fuente: Elaboración propia a partir de datos de Turespaña (Familitur) (2014).

Razones aparte, lo que es cierto es que el alojamiento residencial es el predilecto para el turista nacional, sobre todo si hablamos de la vivienda de

(4) Los datos que se ofrecen son curiosos para el caso de Madrid (Airbnb, 2015): ahorro energético equivalente al consumo de 2.950 hogares; ahorro de agua equivalente a 50 piscinas olímpicas; reducción de los gases de efecto invernadero equivalente a 8.500 vehículos; reducción de residuos hasta 400 toneladas métricas. A ello se suma la propensión de sus huéspedes a la utilización de transporte público, a pie o en bicicleta (10-15%) frente a los que se alojan en un hotel.

familiares o amigos (turismo colaborativo puro). Por lo que se refiere a los modelos residenciales con contraprestación económica (turismo colaborativo híbrido) su relevancia es también importante aún más si hablamos de estancias de más de 4 noches (*gráfico 3*), con un desplazamiento de la demanda de estancias cortas hacia el sector hotelero (16,8%) (5).

Gráfico 3: Número de viajes por tipo de alojamiento (porcentajes), según duración (2014)



Vivienda alquilada: Incluye vivienda alquilada a particulares y agencias.

***Otros: Incluye camping/caravana, especializados, casa rural y otros alojamientos.*

Fuente: Elaboración propia a partir de datos de Turespaña (Familiar) (2014).

Por lo que respecta al turista que visita nuestro país, la incidencia de esta tipología de alojamiento no es tan grande como en el mercado nacional (*tabla 2*). Así, de los más de 64 millones de turistas que en 2014 visitaron nuestro país, cerca de 7,4 millones se alojaron en viviendas de uso turístico (viviendas alquiladas), lejos eso sí del número de turistas que optaron por establecimientos hoteleros (41 millones).

(5) Estos datos son importantes ya que como veremos han llegado a articular decisiones regulatorias, en concreto en la Comunidad de Madrid, al establecer en cinco días la estancia mínima en las viviendas de uso turístico.

Tabla 2: Entradas de turistas según tipo de alojamiento

	Total alojamiento	Hoteles y similares	Alojamiento no hotelero	Vivienda gratuita (propia, familiares)	Vivienda alquilada	Otros alojamientos	No se alojan	Sin especificar
2000	46.402.926	32.655.753	13.461.011	7.252.230	3.231.464	2.977.317	-	286.162
2001	48.565.344	32.298.990	16.177.379	9.484.490	3.967.649	2.725.240	-	88.975
2002	50.330.623	32.539.553	17.685.088	9.602.295	4.626.888	3.455.905	-	105.983
2003	50.853.815	32.698.095	18.030.356	9.916.347	4.423.644	3.690.365	-	125.364
2004	52.429.832	33.498.037	18.742.789	11.150.044	4.004.894	3.587.852	-	189.005
2005	55.913.778	35.167.646	20.513.905	12.442.629	4.397.304	3.673.972	-	232.226
2006	58.004.462	36.199.417	21.381.383	12.877.092	4.812.091	3.692.200	-	423.662
2007	58.665.504	37.362.049	20.867.799	12.969.203	4.378.456	3.520.139	-	435.656
2008	57.192.014	36.524.003	20.148.724	12.510.138	4.561.467	3.077.119	-	519.287
2009	52.177.640	31.878.578	19.855.307	12.166.204	4.676.695	3.012.409	-	443.756
2010	52.676.973	33.029.725	19.473.411	11.643.699	4.635.094	3.194.618	-	173.837
2011	56.176.884	36.152.619	19.970.774	11.337.499	5.323.202	3.310.074	-	53.490
2012	57.464.496	37.284.791	20.169.216	11.063.463	5.782.307	3.323.446	-	10.490
2013	60.675.489	39.077.812	21.597.677	11.724.213	6.319.958	3.553.506	-	-
2014	64.952.338	41.054.002	23.898.336	12.518.613	7.400.761	3.978.962	-	-

Fuente: Elaboración propia a partir de datos del Turespaña (Frontur) (2015)

Si los anteriores datos ponen de manifiesto la relevancia del turismo residencial, los datos económicos todavía refuerzan más el fenómeno de las viviendas turísticas. Así, en el caso de la Comunidad de Madrid, según Airbnb (2015), para el periodo comprendido entre enero y diciembre de 2014 se ha estimado un impacto económico total de 323 millones de euros, en el que se incluye los ingresos de anfitriones y gastos de visitantes. A ello se debe sumar los más de 16 millones de euros obtenidos como ingresos por los hogares madrileños, los más de 116 millones de euros como gasto directo en negocios o los 834 euros como gasto medio del visitante en Madrid. En el caso de Barcelona, los datos van por la misma línea con una aportación de cerca de 128 millones a la económica de Barcelona (agosto 2012 a julio de 2013). Si los datos ofrecidos por Airbnb son relevantes, no son menos los de otras plataformas como HomeAway (2014) que centrándose en Andalucía estima que entre enero 2011 y junio 2014 los residentes en Andalucía han invertido cerca de 1.881 millones de euros en alquiler vacacional y ocio.

El aspecto económico, siempre mirando de reojo la generación de una economía sumergida, no es el único a analizar. Así, desde la perspectiva social se ha identificado un impacto negativo de esta actividad sobre la convivencia vecinal como consecuencia de la entrada de personas ajenas al edificio que poco a nada les importa la pacífica convivencia entre vecinos cuando ellos disfrutan al máximo de su periodo vacacional. A ello debemos sumar, como señala Exceltur (2015) las repercusiones negativas en los modelos urbanos y mercado inmobiliario.

En cuanto a este último aspecto, no sería extraño hablar de que las viviendas de uso turístico están produciendo en algunas zonas, en concreto en barrios céntricos de Barcelona, el surgimiento de lo que se puede denominar «gentrificación turística». Con ello me quiero referir al desplazamiento de residentes en beneficio de turistas, como consecuencia de la rentabilidad económica del alquiler de la vivienda a corto plazo que hace que en muchos edificios el vecino residente haya dado paso al «vecino rotatorio». Este fenómeno sin duda alguna altera cualquier modelo ya no sólo turístico, sino urbanístico recogido en el planeamiento local, aún más si no ha tenido en cuenta la entidad del mismo. Ello nos conlleva a plantear la posibilidad de que el PGOU restrinja ámbitos en donde implantar viviendas de uso turístico con el objeto de lograr una armonía urbanística e impedir dichas situaciones.

En cuanto al impacto en el mercado laboral y contribución fiscal, mucho se ha hablado de la necesidad de regular la oferta de viviendas de uso turístico precisamente para clarificar dichas situaciones. Según el estudio de Exceltur (2015), aunque es difícil de valorar, se estima que las rentas anuales percibidas por los particulares que anuncian sus viviendas en las plataformas *p2p* ascienden a casi 1.900 millones anuales. A esta cantidad si aplicamos el IVA correspondiente (21%), nos lleva a que actualmente las arcas públicas están dejando de percibir cerca de 400 millones de euros anuales, cifra nada desdeñable. En cuanto a la repercusión laboral, el número de empleos por cada cien plazas se sitúa en 2,2, muy lejana a las que puede generar un establecimiento hotelero de media (22,2).

Como se ha comprobado anteriormente, la incidencia de la vivienda de uso turístico se extiende a los más variados aspectos, desde la incidencia económica por su funcionamiento al margen de obligaciones fiscales o tributarias, la protección de los vecinos o las repercusiones negativas en el modelo de ciudad. A ello debe sumarse otro aspecto muy controvertido y que se circunscribe al ámbito turístico por su relación con otras tipologías de actividades turísticas. En concreto se trata del hecho del intrusismo y la competencia desleal de esta actividad con respecto a las empresas de alojamiento turístico ya reglamentadas (6).

(6) La CEHAT ha reiterado en muchas ocasiones la necesidad de poner coto a esta actividad, la cual genera en palabras de su presidente, Don Joan Molas, «graves problemas

Presionada por el sector hotelero, la Comisión Nacional de la Competencia (en adelante, CNMC) ha analizado dicha situación partiendo de un planteamiento realmente curioso al ser contrario a la regulación de las viviendas de uso turístico al indicar que «una regulación innecesaria o desproporcionada perjudicaría a los consumidores y al interés general, además de suponer un obstáculo a la competencia efectiva» (CNMC, 2014). A pesar de la claridad de su argumento, es verdad que este ente ha emitido recientemente una consulta pública sobre los nuevos modelos de prestación de servicios y la economía colaborativa, en la que las viviendas de uso turístico adquieren un papel relevante (CNMC, 2014b).

En esta consulta se parte de que su implementación debe adecuarse a la necesidad de los requisitos de acceso vinculados a la declaración responsable, de conformidad con la Directiva de servicios y su trasposición a través de la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, y así asumir los requisitos asociados en cuanto al ejercicio de la actividad. Sobre esta base, la CNMC alude a que con la asunción de estos requisitos se proporcionaría una mayor seguridad y protección sobre los consumidores, pero a su vez podría acarrear una elevación del coste del servicio. Aquí entra en juego la postura de los propietarios de las viviendas de uso turístico, postura incierta aún más cuando la regulación de dichas viviendas ofrece más inconvenientes que ventajas. No obstante, como veremos más adelante, las regulaciones no deben obviar su posición, sino todo lo contrario, dar respuestas a sus necesidades y no plantear conflictos como el ocurrido en la Comunidad de Madrid con el establecimiento de la estancia mínima de cinco noches que no ayuda en gran manera a articular este «nuevo modelo de alojamiento» y evitar así estos conflictos concurrenciales.

Aunque como se ha señalado, la CNMC se ha mantenido en cierto modo pasiva ante el fenómeno de las viviendas de uso turístico, es verdad que en fechas recientes su posición ha cambiado. Comenzando precisamente con la interposición de recurso contencioso administrativo contra la regulación madrileña por entender que el establecimiento de ese mínimo de cinco noches, que analizaré más adelante, restringe la capacidad de elección del consumidor (CNMC, 2015), la regulación canaria recientemente aprobada (Decreto 113/2015 de Canarias, *de viviendas vacacionales*) ha sido su siguiente objetivo hasta el punto de haber formulado un requerimiento previo para evitar interponer un recurso contencioso-administrativo en el Tribunal Superior de Justicia de Canarias. Ello se debe a que la norma reglamentaria contiene a su parecer artículos que restringen la competencia efectiva en el sector de los servicios de alojamiento, además de obstaculizar «las posibilidades de inno-

de seguridad, aumento de economía sumergida, incremento del trabajo ilegal, violación de derechos de consumidores y degradación de imagen y el futuro de los destinos turísticos» (Hosteltur: 2014).

vacación por parte de los operadores, impidiendo que los consumidores, con distintos gustos, preferencias y capacidad de gasto, se beneficien de ofertas también diversas, basadas en distintas combinaciones de calidad y precio» (CNMC, 2015). Así, como obstáculos a lo que la Comisión denomina «desarrollo de una competencia efectiva en el mercado» destaca la prohibición del alquiler por estancias o habitaciones; el que se incluya un exhaustivo catálogo de requisitos en cuanto a las dimensiones y equipamiento de las viviendas; la sujeción del acceso a la actividad a un régimen de declaración responsable; el hecho de la exhibición, en el exterior de la vivienda, de una placa distintiva de la actividad y, en el interior de la misma, de un cartel que recoja teléfonos de asistencia en caso de emergencia y las prohibiciones contempladas en el norma, en español y en inglés; o la obligación de suscribir contrato escrito en español y en inglés. Ahora bien, hasta qué punto el planteamiento de la CNMC en defensa del consumidor y de la competencia se encuadra en la realidad de la incidencia de este tipo de alojamiento en el panorama turístico español y cuál es la incidencia de la normativa aprobada.

IV. REGULACIÓN DE LAS VIVIENDAS DE USO TURÍSTICO: ANTECEDENTES Y SITUACIÓN ACTUAL

La vivienda de uso turístico no es una nueva modalidad de alojamiento extrahotelero que haya aparecido de la noche a la mañana, aunque sea en la actualidad cuando se haya prestado la suficiente atención y con ello la necesidad de otorgarle un apropiado marco jurídico. Desde el punto de vista de la legislación turística, se puede encontrar una referencia a la misma en la Orden de 17 de enero de 1967, *por la que se aprueba la ordenación de los apartamentos, «bungalows» y otros alojamientos similares de carácter turístico*. En su preámbulo se apuntaba la necesidad de diferenciar entre el simple arrendamiento de una vivienda amueblada y el alojamiento turístico en que lo característico era «el conjunto de asistencias que recibe el cliente de la empresa desde el momento mismo de la ocupación del alojamiento» y que en cierta manera ya apuntaba la problemática de la aplicación del arrendamiento de temporada en estas situaciones, hecho clave como veremos más adelante en la regulación de las viviendas de uso turístico.

No obstante, es en el Real Decreto 2877/1982, de 15 de octubre, *de ordenación de apartamentos turísticos y de viviendas turísticas vacacionales*, en donde aparece regulada la vivienda turística vacacional como antecedente normativo más cercano. Diferenciada de los apartamentos turísticos, el Decreto definía la misma como «unidades aisladas de apartamentos, bungalows, villas y chalés y similares y, en general, cualquier vivienda que con independencia de sus condiciones de mobiliario, equipo, instalaciones y servicios, se ofrezcan en

régimen de alquiler por motivos vacacionales o turísticos». Como se comprueba, la delimitación conceptual trataba sobre todo de separar las viviendas turísticas de los apartamentos al hablar de unidades aisladas, situación además a la que se añadía la amplitud en su delimitación al no sólo englobar viviendas (artículo 17) (7). Es verdad que aunque parece que el Decreto incorporaba una regulación completa de dicho alojamiento, en realidad su redacción era muy limitada al introducir únicamente una definición y sobre todo el hecho de la necesidad de notificar a la Administración la dedicación turística de la vivienda como paso previo para su apertura y funcionamiento.

Atendiendo a la fecha de aprobación del Decreto, resulta curioso su origen estatal más cuando se produce posteriormente a la promulgación de la Constitución española. Huelga decir que en el panorama constitucional cuando hablamos de competencias en materia de turismo, el art. 148.1.18º recoge una redacción clara al derivar hacia las Comunidades Autónomas la promoción y ordenación del turismo en su ámbito territorial pudiéndose hablar, como señalan Pérez Guerra y Ceballos Martín (2009: pp. 469-470), de una reserva en exclusiva de la materia turística en bloque (8). Ahora bien, la transferencia de competencias a las Comunidades Autónomas en materia de turismo y su atribución a través de los respectivos Estatutos de Autonomía conlleva que desde entonces se inicie la puesta en marcha de su competencia exclusiva y con ella el mecanismo legislativo al respecto.

Dejando este aspecto aparte y profundizando en el tsunami normativo autonómico, es verdad que en lo relativo a viviendas de uso turístico la regulación de las mismas por parte de las Comunidades Autónomas es reciente, si bien encontramos algún antecedente regulatorio en la década de los noventa. Así, por ejemplo, se puede mencionar el Decreto 29/1991, de 4 de abril, de Islas Baleares, *sobre medidas de ordenación de las turísticas vacacionales*; o en el País Vasco, la Ley 6/1994, de 16 de marzo, *de ordenación del turismo de Euskadi*, desarrollada posteriormente en este aspecto por el Decreto 191/1997,

(7) Como se señalará más adelante, la diferenciación entre ambas tipologías de alojamiento es importante, indicándose que cuando nos referimos a las viviendas de uso turístico, la asociación que se hace es con unidades más o menos aisladas, hecho que en el caso de los apartamentos turísticos difiere al considerarse un conjunto de viviendas que conforman una unidad y que se ofrecen en su totalidad.

(8) En cuanto al Estado, el art. 149.1 CE no recoge ninguna competencia directa sobre el turismo, si bien es verdad que como se señala en la Sentencia del Tribunal Constitucional 125/1984, existen competencias conexiónadas como las relativas a comercio exterior, en la cual se incluye la promoción del turismo en el exterior; las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica, la regulación de las condiciones de obtención, expedición y homologación de títulos académicos y profesionales. Vid. GONZÁLEZ ALONSO (2009: pp. 69 y ss.), PÉREZ GUERRA y CEBALLOS MARTÍN (2009: pp. 470 y ss.), TUDELA ARANDA (2004: pp. 15-28 y 2010: pp. 1650 y ss.).

de 29 de julio, *por el que se regulan los apartamentos, viviendas vacacionales, alojamientos en habitaciones de casas particulares y casas rurales*. Esta última regulación resultaba curiosa por dos aspectos, el primero por regular ya no sólo las viviendas vacacionales, sino también la cesión de estancias, hecho que como veremos se rechaza en la actualidad por la normativa, y, por otra parte, por recoger como requisitos para el ejercicio de la actividad el estar dado de alta en el epígrafe correspondiente del Impuesto de Actividades Económicas y el notificar a la Delegación Territorial del Departamento competente en materia de turismo la dedicación de la vivienda al tráfico turístico (art. 47).

Fuera de estas regulaciones, las normativas sobre viviendas de uso turístico tienen un corto recorrido siendo el Principado de Asturias (2003) la que cuenta con la regulación más veterana. Aparte, encontramos regulaciones en Aragón (2015), Canarias (2015), Cataluña (2012), Comunidad de Madrid (2014), Comunidad Valenciana (2009) e Islas Baleares (2012), destacándose que el caso de Galicia (2011) que si bien cuenta con normativa, ésta en la configuración de la vivienda vacacional prohíbe expresamente el alojamiento en viviendas particulares (9).

Como se aprecia, asegurar la inexistencia de un marco regulatorio de las viviendas de uso turístico en nuestro país es incorrecto. Es verdad que algunas Comunidades Autónomas tienen una regulación aprobada, pero todavía quedan muchas otras que no han iniciado los correspondientes mecanismos. A ello debe sumarse la circunstancia de que el Real Decreto 39/2010, de 15 de enero, *por el que se derogan diversas normas estatales sobre acceso a actividades turísticas y su ejercicio*, por si quedaba alguna duda sobre el reparto competencial, ha despejado todavía más el camino regulatorio autonómico al derogar tanto la Orden de 17 de enero de 1967, como el Real

(9) Aragón (Decreto 80/2015, de 5 de mayo del Gobierno de Aragón, *por el que se aprueba el Reglamento de las viviendas de uso turístico en Aragón*), Canarias (Decreto 113/2015, de 22 de mayo, *por el que se aprueba el Reglamento de las viviendas vacacionales de la Comunidad Autónoma de Canarias*), Cataluña (Decreto 159/2012, de 20 de noviembre, *de establecimientos de alojamiento turístico y de viviendas de uso turístico*), Comunidad de Madrid (Decreto 79/2014, de 10 de julio, del Consejo de Gobierno, *por el que se regulan los apartamentos turísticos y las viviendas de uso turístico de la Comunidad de Madrid*), Comunidad Valenciana (Decreto 92/2009, de 3 de julio, *por el que se aprueba el reglamento de alojamientos turísticos y empresas gestoras de la Comunidad Valenciana*), Galicia (art. 65 bis Ley 7/2011, de 27 de octubre, *del Turismo de Galicia* y Decreto 52/2011, de 24 de marzo, *por el que se establece la ordenación de apartamentos y viviendas turísticas en la Comunidad Autónoma de Galicia*), Islas Baleares (Ley 8/2012, de Turismo de Illes Balears, y Decreto 20/2015, de 17 de abril, *de principios generales y directrices de coordinación en materia turística; de regulación de órganos asesores, de coordinación y de cooperación del Gobierno de las Illes Balears, y de regulación y clasificación de las empresas y de los establecimientos turísticos, dictado en desarrollo de la Ley 8/2012, de 19 de julio, de Turismo de las Illes Balears*), Principado de Asturias (Decreto 34/2003, de 30 de abril, *de viviendas vacacionales*).

Decreto 2877/1982, de 15 de octubre, dando al traste el criterio jurisprudencial existente que consideraba al Real Decreto 2877/1982 como regulación supletoria en la materia ante un vacío legal autonómico, sobre todo cuando hablamos de los requisitos necesarios para su apertura y funcionamiento (10).

Ahora bien, por qué se produce esta revolución normativa en los últimos años ello a pesar de que las Administraciones Públicas han sido concededoras de este fenómeno desde hace mucho tiempo atrás. Si el Plan de Turismo 2012-2015 (Ministerio de Industria, Comercio y Turismo, 2012) recogía la necesidad de la actualización normativa de la LAU sobre este aspecto, la modificación de esta norma por la Ley 4/2013, de 4 de junio, *de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas*, ha sido el impulso definitivo para que las Comunidades Autónomas se hayan puesto manos a la obra. La razón principal viene dada porque la norma introduce una modificación en la LAU, al excluir de la aplicabilidad de la norma el supuesto de las viviendas de uso turístico que incluso delimita conceptualmente (artículo 5.e) y que deriva a la normativa sectorial específica [(Costas Rodal, 2013) y Berrocal Lanzarote, 2013]].

Profundizando en las razones de esta exclusión, la Ley 4/2013, de 4 de junio, en su preámbulo, parte de la problemática del aumento significativo del uso del alojamiento privado para el turismo, lo cual genera situaciones de intrusismo y competencia desleal que van en contra de la calidad de los destinos turísticos; de ahí la derivación de estas situaciones hacia la normativa sectorial específica o, en su defecto, la aplicación del régimen de los arrendamientos de temporada. A su vez, la norma concreta las situaciones que se ven afectadas,

(10) Vid. Fundamento de derecho quinto de la sentencia número 447/2013, de 7 de mayo, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 9ª) (RJCA\2013\685): «Ante la total ausencia de regulación de las viviendas turísticas vacacionales en la legislación autonómica, debemos despejar si tal ausencia de regulación constituye una laguna de la legislación autonómica que deba ser integrada con la aplicación supletoria, al amparo del art. 149.3 CE, del citado RD 2877/1982, de 15 de octubre, de Ordenación de Apartamentos Turísticos y de Viviendas Turísticas Vacacionales, dictado por el Estado cuando aún no se habían asumido por la Comunidad de Madrid sus competencias exclusivas en materia de turismo, asunción que se produjo con el Estatuto de Autonomía de 1983, aprobado por LO 3/1983, de 25 de febrero, en forma de competencias legislativas plenas. O bien, si, por el contrario, esta ausencia de regulación se debe a una decisión voluntaria del legislador autonómico que habría querido no regular tales viviendas turísticas vacacionales en el libre ejercicio de sus competencias exclusivas plenas en materia de turismo, supuesto éste en el que dicho Real Decreto debería entenderse desplazado por la Ley autonómica 1/1999, por lo que a las viviendas turísticas vacacionales se refiere, de forma que estas viviendas turísticas vacacionales, en la Comunidad de Madrid, al no ser mencionadas en dicha Ley ni en sus reglamentos de desarrollo, no estarían sometidas a la intervención de la Administración turística autonómica. Pues bien, debemos entender que el citado Real Decreto debe aplicarse de forma supletoria, ex art. 149.3 CE, porque la propia Comunidad de Madrid así lo ha entendido al considerarlo aplicable con relación a las viviendas turísticas vacacionales, habiéndolo manifestado así de forma expresa y clara como, a continuación, veremos».

vinculándose en la introducción de esta letra e en el art. 5 LAU, a «la cesión temporal de uso de la totalidad de una vivienda amueblada y equipada en condiciones de uso inmediato, comercializada o promocionada en canales de oferta turística y realizada con finalidad lucrativa».

Sin duda, esta situación ha supuesto el empujón definitivo en la regulación específica y actualizada de este fenómeno del turismo colaborativo (Juan Martínez, Jesús Pauls y Solsona Monzonís, 2003). No obstante, surgen interrogantes de si realmente puede regularse este fenómeno desde el punto de vista del derecho administrativo turístico y si es así, cómo se relacionada con el arrendamiento de temporada, fórmula contractual histórica que se utilizaba en estas situaciones.

V. EL ARRENDAMIENTO DE TEMPORADA

Cuando se habla de las viviendas de uso turístico, hay que hacer referencia al arrendamiento de temporada, más si cabe cuando hasta la modificación de la LAU y la inclusión del art. 5.e, el alojamiento en vivienda de particulares en cortos periodos de tiempo había girado en torno al mismo.

Regulado en el art. 4.3 LAU, la especial configuración del arrendamiento de temporada hace que la normativa derive su configuración a la voluntad de las partes y en su defecto por el título III de la LAU, aplicándose supletoriamente lo dispuesto en el Código Civil. Cuando hablo de especiales características es debido a que, como señala el Tribunal Supremo en reiterada jurisprudencia, se produce un arrendamiento de la vivienda «no para satisfacer una necesidad permanente del arrendatario, sino para ocuparla de manera accidental y transitoria» (sentencia del Tribunal Supremo 19-2-1982, RJ 1982/784), debiéndose entender esta temporalidad en sentido amplio y en el que se engloba no el cubrir una necesidad de vivienda sino el deseo de disfrutar de una segunda vivienda para vacaciones, fines de semana etc (11). Esta idea es contantemente repetida

(11) Vid. Fundamento segundo de la sentencia núm. 45/2003 de 23 enero de la Audiencia Provincial de Málaga (Sección 6ª) (JUR 2003\65899): «El Tribunal Supremo ha venido manteniendo que la naturaleza de un contrato y su calificación, depende de las verdaderas condiciones del mismo y no de la denominación que los otorgantes pudieran darle, de ahí que la exclusión de los arrendamientos de temporada de la LAU del 64, por lo que la expresión temporal debe entenderse en sentido amplio, pues nacida la Ley Arrendaticia en un concepto social por la escasez de vivienda a causa de la inmigración del campo a la ciudad, para protección de los inquilinos, las excepciones a las normas generales a favor de los inquilinos, son solamente para aquellos supuestos en que se trata de proteger la verdadera necesidad de vivienda para el arrendatario, o sea, para cubrir una necesidad, no un deseo de disfrutar de una segunda vivienda para vacaciones, fines de semana etc., aunque sea con carácter estable, porque esto no es una necesidad, ni puede alcanzar a la restricción del derecho del propietario a disponer libremente de su vivienda».

por el Tribunal Supremo, el cual asocia la temporalidad del arrendamiento de temporada a que el uso u ocupación del inmueble responda a «exigencias circunstanciales, esporádicas o accidentales» (finalidad) y no tanto al aspecto de la duración cronológica de la ocupación de la vivienda (12).

La claridad con la que hasta ahora se asociaban las ocupaciones de fines de semana, vacaciones, etc. con el arrendamiento de temporada, parece ahora complicarse a raíz de la aparición del artículo 5.e. LAU y con ello la remisión de las viviendas de uso turístico a la regulación sectorial turística autonómica (13).

La primera duda que se plantea es si se debe entender la creación de un nuevo contrato civil por parte de las Comunidades Autónomas. Este planteamiento que parece extraerse de la nueva redacción de la LAU choca frontalmente con el propio reparto competencial en materia contractual y es que

(12) Fundamento segundo de la Sentencia núm. 396/2004, de 28 septiembre, de la Audiencia Provincial de Islas Baleares (Sección 3ª) (JUR 2004\280231) en relación con las sentencias del Tribunal Supremo de 17 diciembre de 1960 (RJ 1960, 3807), 30 de marzo de 1974 [RJ 1974, 1210], 4 febrero de 1975 (RJ 1975, 328), 30 de junio de 1976 (RJ 1976, 3199), 19 febrero de 1982 (RJ 1982, 784), 6 de noviembre de 1984 y 15 de diciembre de 1999 (RJ 1999, 9352). «Es doctrina legal constante y uniforme la que proclama que la nota esencial que caracteriza los arrendamientos de temporada, a los que se refiere el artículo 2.1 LAU/1964 (RCL 1964, 2885 y RCL 1965, 86) para excluirlas de las normas reguladoras de la misma y quedar sujetos únicamente a lo expresamente pactado y a las Leyes comunes, es la de haberse convenido el uso o disfrute mediante el pago de la renta correspondiente de una vivienda o local de negocio durante un plazo concertado en atención, no a la necesidad permanente que el arrendatario tenga de ocupar aquella para que le sirva de habitual residencia familiar o un local donde establecer con carácter permanente un negocio o industria, sino para desarrollar de una manera accidental y en épocas determinadas estas actividades negociales o para habitar transitoriamente y por razones diversas; debiendo entenderse este requisito de temporalidad de un modo amplio y flexible cuando claramente se infiere que el uso u ocupación de que el inmueble es objeto responde a exigencias circunstanciales, esporádicas o accidentales, determinantes del contrato y elevadas expresamente a la condición de causa por las partes, y no a la necesidad de habitar permanentemente o de la adecuada instalación del negocio o industria de ininterrumpido desenvolvimiento, ya que el requisito de la temporalidad de la ocupación guarda relación, no con el plazo de duración simplemente cronológico, sino con la finalidad a que va encaminado el arrendamiento determinante de su ocupación».

(13) Adecuado o no para la importancia de las viviendas vacacionales, es verdad que el arrendamiento de temporada cubre los más diversos problemas contractuales entre las partes como la duración del mismo. En este sentido, se debe estar a lo pactado, si bien ante los casos de acuerdo verbal, se produce la aplicación del art. 1.581 del Código Civil, en el hecho de que será por igual tiempo que el que se haya fijado la renta, por lo que concluido dicho periodo y a falta de denuncia, se producirá la tácita reconducción por otro. Por otra parte, si el arrendador quiere finalizar el arrendamiento, debe notificarlo fehacientemente, no de palabra, como máximo, quince días después del vencimiento de cada plazo (art. 1.566 Código Civil)

sólo el Estado está legitimado para regular este aspecto (art. 149.1.8 CE), no pudiendo por lo tanto las Comunidades Autónomas «crear ni regular un contrato de alquiler de vivienda vacacional» (Martos Calabrús, 2014: pp. 92-93) (14). Con ello, y compartiendo su exposición, debe quedar clara una separación entre regulación contractual a reglar por normas civiles y, por otra, la actividad, ésta por normas administrativas o turísticas (autonómicas), estableciéndose una complementariedad entre dichos ámbitos jurídicos.

Ahora bien, a qué se está refiriendo este artículo 5.e. y de qué se deriva el control sobre los propietarios de las viviendas. Partiendo del derecho a la propiedad (art. 348 Código Civil) y la libertad de contratación (art. 1254 Código Civil), el problema estriba en las situaciones en que se produce una cesión del inmueble con prestación de servicios turísticos, hecho que no tiene cabida en la propia configuración del arrendamiento de temporada (Martínez Canellas, 2014). Así, con prestación de servicios nos referimos al hecho de que la vivienda se ceda amueblada y equipada en condiciones de uso inmediato, además de ser comercializada o promocionada en canales de oferta turística y realizada con finalidad lucrativa (art. 5.e LAU).

En el caso de que no se dieran estas prestaciones accesorias, no cabe duda en considerar que lo que el propietario está realizando es un arrendamiento de temporada, sin que se pueda contener en esa exclusión del art. 5. Sin embargo, cuando estos supuestos se dan, lo que realmente se aplica en estas situaciones es el denominado contrato de alojamiento turístico o de hospedaje, un contrato mixto en el que se combina el arrendamiento de cosa con el arrendamiento de servicios (Castaños Castro, 2014) (15).

Las especiales características de este contrato atípico, que no se regula en la LAU y que en el Código Civil encontramos escasas disposiciones al respecto, estriban en que su régimen legal se estructura básicamente a través de normas turísticas (Martínez Canellas, 2014 y Pérez Martell y González

(14) MARTOS CALABRÚS (2014: p. 93) alude a la STC 71/1982 como pieza clave en la interpretación de esta problemática: «la regulación de las condiciones generales de contratación o de las modalidades contractuales corresponde al legislador estatal»; y que la creación de derechos y obligaciones entre las partes —lo que es el contenido contractual— también es competencia estatal: cuando la norma autonómica, dice la sentencia, «lo que está configurando es un derecho y correlativa obligación, que se inserta *ex lege* en el contenido contractual [...] está legislando en materia contractual, contra lo que previene el artículo 149.1.8.º de la Constitución».

(15) En este sentido, nos encontramos regulaciones como la gallega que directamente excluyen los arrendamientos de temporada de su ámbito de aplicación: «Quedan fuera del ámbito de aplicación de este decreto los inmuebles que se arrienden por temporadas según lo establecido en la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, *de arrendamientos urbanos*» (art. 1.2 del Decreto 52/2011, de 24 de marzo).

Cabrera, 2008) (16). Es a ello a lo que se refiere la modificación de la LAU y el desplazamiento hacia la regulación turística, esencialmente para pormenorizar los servicios turísticos que deben prestarse y regular situaciones que escapan al cobijo del arrendamiento de temporada por ofrecer estos servicios. Resumiendo, situaciones en las cuales se produce una comercialización con una prestación de servicios y a la que se añade que el propietario adquiera la condición de empresario dada la habitualidad que se asocia a la actividad de comercialización de la vivienda (Feliú Amengual, 2014); son a estos casos a los que me referiré cuando hable de la incidencia de la vivienda de uso turístico (17).

VI. LA VIVIENDA DE USO TURÍSTICO: CONCEPTO Y EXCLUSIONES

La regulación de las viviendas de uso turístico por parte de las Comunidades Autónomas viene en consonancia con ese nuevo art. 5.e LAU, que recoge un concepto de vivienda de uso turístico. Con estos antecedentes, la vivienda de uso turístico, algunas veces denominada vivienda vacacional (Canarias o Principado de Asturias) o vivienda turística (Comunidad Valenciana o Galicia), puede ser definida como aquella que amueblada y equipada para ser utilizada de inmediato, es cedida de modo temporal, habitual y lucrativo por su propietario o propietarios a terceros a través de una previa comercialización o promoción mediante canales de oferta turística. Con ello, de esta delimitación conceptual seguida por las normativas autonómicas aprobadas y vigentes, existen cinco aspectos importantes a analizar como son los relativos a la habitualidad, temporalidad, los canales de oferta turística, régimen de cesión y exclusiones (18).

En cuanto al primero, la consideración de vivienda de uso turístico conlleva el hecho de que se produzca la cesión de la vivienda de forma habitual por

(16) Vid. Cataluña, art. 15 del Decreto 159/2012, de 20 de noviembre: «los contratos de alojamiento turístico se podrán celebrar tanto presencialmente como a distancia, de acuerdo con la legislación general en materia de obligaciones y contratos, y podrán incluir servicios complementarios. La administración velará por el cumplimiento de los derechos y las obligaciones derivados del contrato de acuerdo con lo previsto en los siguientes artículos».

(17) Así, como expone FELIÚ AMENGUAL (2014), hablaríamos de arrendamiento turístico cuando se dieran los siguientes requisitos (art. 5.e LAU): a) la cesión temporal de uso de la totalidad de una vivienda amueblada y equipada en condiciones de uso inmediato; b) comercializada o promocionada en canales de oferta turística; c) realizada con finalidad lucrativa; d) sometida a un régimen específico (normativa turística en la que se pormenore los servicios turísticos a prestar y otros deberes).

(18) A ello debe sumarse el aspecto de la cesión de la totalidad de la vivienda, hecho que intencionadamente se deja aparte como consecuencia de la problemática sobre la cesión de habitaciones que se verá más adelante.

parte del propietario/s. En este sentido, se puede encontrar cierta discrepancia entre normativas acerca de qué se considera por habitualidad y de la referencia a la profesionalidad en la prestación del servicio de alojamiento (*vid.* Principado de Asturias, art. 2.1 del Decreto 34/2003, de 30 de abril). Así, en el caso de la Comunidad de Madrid, la habitualidad se asocia al ejercicio de la actividad turística durante al menos tres meses continuados durante el año natural (art. 3.2 del Decreto 79/2014, de 10 de julio), hecho que nada tiene que ver con la regulación canaria que entiende por tal cuando la cesión se produce dos o más veces dentro del periodo del año o una vez al año, «pero en repetidas ocasiones», coetilla que entraña cierta problemática interpretativa pareciéndose entender que se le ceda a una misma persona la vivienda varias veces en el mismo año (art. 2 del Decreto 113/2005, de 22 de mayo). Parecida regulación podemos encontrar en Cataluña que también opta por entender como cesión reiterada cuando ésta se produce dos o más veces dentro del año (art. 66.3 del Decreto 159/2012, de 20 de noviembre).

Si en los anteriores casos la habitualidad tiene un estrecho vínculo temporal, en el caso de la Comunidad Valenciana esto varía de manera importante. Con ello, la normativa valenciana une claramente este aspecto con la profesionalidad, situación básica, y así considera que existe cuando se reúne alguna de las siguientes circunstancias: cesión por empresas gestoras de viviendas turísticas; puesta a disposición por propietarios o titulares, con independencia del tiempo contratado, siempre que se presten servicios propios de la industria hostelera; utilización de canales de comercialización turística (art. 2 del Decreto 92/2009, de 3 de julio). Situación discordante con los anteriores supuestos se encuentra en Aragón en donde la referencia directa a habitualidad desaparece para optar porque la sujeción normativa de la cesión de uso de la vivienda de uso turístico se produce cuando su «promoción o comercialización se efectúe a través de canales de oferta turística», circunstancia a la que suma el hecho de que la cesión se produzca por un período igual o inferior a un mes por usuario y que borra la referencia a la profesionalidad de la actividad llevada a cabo por parte de los particulares o empresas (art. 4.3 del Decreto 80/2015, de 5 de mayo).

Conexionado con lo anterior, cuando se habla de temporalidad, ésta debe analizarse desde dos puntos de vista como son la cesión mínima y máxima permitida por la normativa para esta tipología de alojamiento turístico. En cuanto a la cesión mínima, sin duda hay que hacer referencia a la normativa madrileña y la problemática surgida en torno al establecimiento de un periodo mínimo de cesión de cinco días (artículo 17.3 del Decreto 79/2014, de 10 de julio).

La regulación madrileña introduce este aspecto novedoso y duramente criticado al hacer pensar en un trato de favor hacia al sector hotelero al trasladar la demanda de alojamiento a corto plazo hacia dicho sector (CNMC, 2014b),

si bien se razona en unos estudios preliminares que indicaban que la estancia media de turistas en hoteles era de dos noches y de cinco en las viviendas de uso turístico (CEHAT, 2014b). Aunque en realidad este estudio no se desmarca mucho de los datos recogidos por TURESPAÑA (2014), la imposición de esta medida poco ayuda, según mi parecer, a uno de los objetivos de la norma como es la lucha contra el intrusismo y la competencia desleal al obviar la acción de propietarios que prefieren ceder la vivienda en fines de semana, puentes, festivos o cortos periodos de tiempo. Otra regulación interesante en lo que a periodos de cesión y ejercicio de la actividad se refiere es la normativa asturiana. En este sentido, la norma exige que los titulares de las viviendas vacacionales ofrezcan el servicio de alojamiento, como mínimo, durante los meses de julio, agosto y septiembre, debiendo en todo caso comunicar a la Administración los periodos de apertura (art. 25.1 del Decreto 34/2003, de 30 de abril). Con ello parece desprenderse la habitualidad en el ejercicio de la actividad anteriormente referenciada, vinculando un periodo de tiempo más que razonable y que obliga al titular o titulares de la vivienda a que su explotación no sea algo «puntual» como parece permitirse en otras Comunidades Autónomas.

Por lo que respecta a los periodos máximos de cesión, las normativas autonómicas también cuentan con diversos preceptos que delimitan claramente éstos, teniendo en cuenta la exclusión de la Ley de arrendamientos urbanos y la temporalidad asociada en la cesión cuando se habla de establecimientos de alojamiento turístico. Así, en el caso de Aragón se establece un periodo máximo de ocupación continuada de la vivienda de un mes por usuario (art. 2.c del Decreto 80/2015, de 5 de mayo) o en Cataluña de treinta y un días (art. 66.3 del Decreto 159/2002, de 20 de noviembre); no obstante, este hecho es excepcional ya que la mayoría de las normativas optan por no recoger un periodo máximo de cesión, pensando, quién sabe, en la imposibilidad de que el turista resida gran parte del año a través de esta figura, aún más cuando se establece la imposibilidad de establecer la residencia permanente en la misma. Esta circunstancia, por ejemplo, se remarca en Canarias, en donde se conexiona la cesión de la vivienda con un periodo que no implique cambio de residencia por parte de la persona usuaria (art. 2.d del Decreto 113/2015, de 22 de mayo), ofreciendo por tanto una regulación demasiado laxa en este sentido.

Continuando con la problemática conceptual, es conveniente comprobar cómo diversas normativas, a excepción de la catalana, han afrontado la configuración del concepto «canales de oferta turística». Así, las regulaciones autonómicas, de una u otra manera, engloban un amplio espectro de posibilidades entre las que se incluyen las agencias de viaje; centrales de reserva; empresas de mediación y organización de servicios turísticos (canales de intermediación virtuales); además de la inserción de publicidad. De las normativas existentes,

tanto Canarias como Aragón regulan de manera muy detallada los canales de oferta, vinculándose de manera directa con la delimitación contenida en la Ley 4/2013, de 4 de junio, al introducir todos los medios anteriormente señalados.

En el caso de Aragón, considero que cuenta con una redacción demasiado confusa. Sobre todo resulta curioso el apunte final que introduce el art. 2.b al hablar de «inserción de publicidad en los espacios de los medios de comunicación social relacionados con los viajes y estancias en lugares distintos a los del entorno habitual de los turistas», necesiéndose una mayor concreción al apreciarse vaguedad conceptual. En principio parece hacer referencia a las redes sociales o páginas web, pero el inciso final «relacionados con viajes y estancias en lugares distintos del entorno habitual de los turistas» no se sabe muy bien a qué se refiere, no encontrándose explicación sobre qué debe considerarse «entorno habitual del turista». ¿Acaso debe entenderse por sitios que los turistas no «visitarían» directamente para realizar una reserva de alojamiento o por el contrario sitios de alojamiento turísticos distintos a las modalidades clásicas véase cámpings, hoteles, apartamentos turísticos, etc.?

Si la normativa aragonesa es criticable, el Decreto canario opta por términos mucho más amplios eliminando con ello cualquier problema interpretativo. Así, engloba un amplio número de canales como «agencias de viajes, centrales de reserva y otras empresas de intermediación y organización de servicios turísticos, incluidos los canales de intermediación virtuales; páginas webs de promoción, publicidad, reserva o alquiler; y publicidad realizada por cualquier medio de comunicación» (art. 2.b). Como se comprueba el inciso recogido en la normativa aragonesa desaparece, dando lugar a un ámbito más amplio en el que englobar páginas web que no necesariamente se vinculen con el mundo turístico, además de incluir una cláusula residual en el que se englobe por ejemplo los anuncios en prensa escrita.

Por lo que respecta a otras normativas, la Comunidad de Madrid y la Comunidad Valenciana optan por definiciones simples y a la par objeto de problemas interpretativos. En el caso de la primera, el decreto madrileño contiene una propuesta sencilla al hablar únicamente y sin más indicaciones de «comercialización a través de canales de oferta turística», lo que provoca cierta incertidumbre sobre a qué se refiere y que debiera solventarse. En el caso de la Comunidad Valenciana, se habla de comercialización turística cuando ésta se lleva a cabo a través de operadores turísticos o cualquier otro canal de venta turística, incluido internet u otros sistemas de nuevas tecnologías (art. 2.2.c), situación que al igual que en el caso de Aragón parece vincularse únicamente a un aspecto turístico y que dejan al margen medios en el que ofrecer la vivienda y que no se insertan en dicho ámbito. Esta situación por ejemplo se soluciona en el borrador normativo andaluz de 2014, el cual opta por términos más amplios y sencillos al hacer referencia al ofrecimiento del

servicio a través de «cualquier medio publicitario», englobándose internet o cualquier otra nueva tecnología. A ello se añade la comercialización o promoción en canales de oferta turística en los que engloba a las agencias de viaje y empresas mediadoras u organizadoras de servicios turísticos.

Otro punto a destacar de la definición de la vivienda de uso turístico o vacacional es el régimen de cesión de las viviendas. A este respecto es preciso indicar cierta discrepancia entre Comunidades Autónomas acerca de la posibilidad de admitir la cesión por habitaciones y con ello regular la figura europea del *Bed & Breakfast* y que poco tiene que ver con el hotel que ofrece cama y desayuno (19). Con ello me refiero a la cesión de una habitación en la vivienda donde reside el cesionario y que hasta la fecha desde el punto de vista administrativo no se ha regulado en España, si bien es verdad que contamos con el modelo de fonda o pensión que aunque parece guardar cierta similitud clásica por la acción de los propietarios, no se puede equiparar dada la configuración normativa que se da estos establecimientos (20).

Como punto de partida, se debe tener en cuenta que el criterio que siguen actualmente las normativas aprobadas es que las viviendas de uso turístico deben ser cedidas al completo, añadiéndose claramente que las viviendas no pueden cederse por habitaciones o de cualquier otra forma que implique segregación o división. Ahora bien, Andalucía y Cataluña rompen este criterio al admitir (a fecha de hoy en borradores regulatorios) la vivienda turística por habitaciones, circunstancia que pone también freno a un fenómeno creciente que se puede comprobar con tal buscar alojamiento en las webs Airbnb y Wimdu. Por otra parte, es verdad es que esta exclusión genera gran discrepancia, pronunciándose recientemente la CNMC en el sentido de que prohibir el alquiler por estancias o habitaciones se considera contrario al derecho del empresario de organizar su actividad y de los ciudadanos de disponer de sus bienes sin restricciones injustificadas (CNMC, 2015b), lo que podría conllevar por tanto una intromisión desproporcionada en el derecho a la propiedad protegido por el artículo 33 de la Constitución (Bermejo Latre, 2015) y el artículo 348 del Código Civil.

De todos modos, en el caso de Cataluña, pendiente de aprobación, el ofrecimiento de alojamiento en habitaciones en vivienda compartida se asocia

(19) Vid. Sentencia núm. 1342/2013 de 17 diciembre del Tribunal Superior de Justicia de C. Valenciana (JUR 2014\98975).

(20) En el ámbito estatal, cuando hablamos de establecimientos hoteleros hay que hacer referencia a la Orden de 8 de abril de 1939 en la que se señalaron las categorías y denominaciones de los establecimientos hoteleros, posteriormente recogidas en la Reglamentación de la Industria Hotelera, de 14 de junio de 1957. Otras normas a destacar son el Decreto de 4 de abril 1952 y ya más recientemente la Orden de 19 de julio 1968 sobre clasificación de establecimientos hoteleros.

a una serie de requisitos mínimos como que el titular de la actividad debe ser el propietario de la vivienda, estar empadronado y pernoctar durante la estancia del usuario (GENCAT, 2015). Además, se indica que el titular de la actividad sólo puede ceder un máximo de dos habitaciones y como máximo cuatro meses al año o que el número de personas que pueden alojarse en estas habitaciones no puede superar el establecido en la cédula de habitabilidad del alojamiento. Por otra parte, este alojamiento turístico queda sujeto a la tasa turística, estableciéndose un importe mínimo de 0,65 euros por persona y noche en Barcelona y 0,45 euros en el resto de Cataluña.

Un último aspecto interesante dentro de esta delimitación son las exclusiones al concepto de vivienda de uso turístico. En este sentido, aparte de la lógica exclusión de los arrendamientos de fincas urbanas, es importante resaltar que la viviendas de uso turístico no deben confundirse con los apartamentos turísticos, que si bien algunas Comunidades Autónomas regulan de manera conjunta (*vid.* Comunidad de Madrid), son dos tipologías de establecimientos de alojamiento distintos. Este hecho es remarcado no sólo por la normativa, sino también por la jurisprudencia al señalar que cuando se habla a esta tipología de viviendas nos referimos a viviendas más o menos aisladas a diferencia de los apartamentos turísticos que constituyen conjunto de viviendas que conforman una unidad y que se ofrecen en su totalidad (21).

En este sentido, el hecho de que un mismo titular posea diferentes viviendas en un mismo bloque y éstas se ofrezcan como vivienda de uso turístico, plantea el problema de la asimilación de esta situación a la figura del apartamento turístico. Circunstancia que por ejemplo Aragón regula y que solventa al establecer que los conjuntos formados por dos o más viviendas pertenecientes a un mismo propietario o explotadas por un mismo gestor que estén ubicadas en el mismo inmueble, les será de aplicación la regulación de apartamentos turísticos (art. 4.2.b del Decreto 80/2015, de 5 de mayo). Con ello, cuando nos referimos a los apartamentos turísticos no sólo se debe asociar éstos con un bloque conformado por ello, sino que las también es admisible hablar de conjunto, ya sea de pisos, casas, villas, chalés, siempre que la cesión de uso

(21) Fundamento de derecho cuarto de la sentencia número 315/2013 de 8 mayo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (JUR\2013\343144): «...cuando se habla de apartamentos turísticos se piensa en un conjunto de de viviendas que conforman una unidad y que se dedica en su totalidad a ofrecerse como establecimiento de alojamiento turístico, mientras que cuando se habla de viviendas de uso turístico se piensa en viviendas más o menos aisladas que se ceden a terceros en condiciones de inmediata disponibilidad para una estancia de temporada, en régimen de alquiler o bajo cualquier otra forma que implique contraprestación económica, por mucho que en un mismo bloque o edificio una misma persona pueda dedicar más de una vivienda a este uso turístico».

y disfrute reúna las características que recoja la normativa y sean ofrecidos de manera profesional y habitual mediante precio (22).

VII. CARACTERÍSTICAS, REQUISITOS Y SERVICIOS

Aclarado qué debe entenderse por vivienda de uso turístico, es conveniente analizar ahora las características, requisitos y servicios que debe contar esta tipología de vivienda para que pueda entrar dentro del ámbito de aplicación normativa.

Un primer aspecto a señalar es el referido a la necesidad de que estas viviendas, por su carácter residencial, tengan que cumplir con los requisitos de habitabilidad y seguridad que marca la legislación vigente. Esta circunstancia es básica desde mi punto de vista al que hay que sumar ineludiblemente el disponer de la licencia de ocupación y permanecer en un adecuado estado de conservación tanto de estructuras, como de instalaciones; además de cumplir con la normativa de accesibilidad y supresión de barreras arquitectónicas, ya que al fin y al cabo se está dando un servicio turístico (23).

Otro punto a señalar es la clasificación de las viviendas de uso turístico. A este respecto, la Comunidad de Madrid parte de la existencia de una única categoría (art.18.5 del Decreto 79/2014, de 10 de julio), hecho que podemos encontrar en otras Comunidades Autónomas a excepción de la Comunidad Valenciana que opta por una triple clasificación (categoría superior, primera y estándar). Así, el anexo del Decreto 92/2009, de 3 de julio, recoge una serie de requisitos técnicos de clasificación divididos en cuatro apartados como son accesos, comunicaciones y estacionamiento; instalaciones y servicios, dimensiones de las viviendas y dotación de las mismas. En ellos se estipula la necesidad de contar con una serie de servicios mínimos y otros que otorgarán la categoría correspondiente y que son tan variados como el contar con parking para clientes, piscina o situación en primera línea de playa (categoría superior y primera), contar con lavavajillas (categoría superior) o plancha eléctrica (para las tres categorías).

Enlazando con este último aspecto, e independientemente de su categorización, resulta necesario detenerse en los servicios mínimos que deben ofrecer

(22) Aparte de ello nos encontramos con otras exclusiones como el caso de Canarias, en donde quedan expresamente excluidas aquellas viviendas situadas dentro de zonas turísticas o de las urbanizaciones turísticas, urbanizaciones mixtas residenciales turísticas (art. 3.2 del Decreto 113/2015, de 22 de mayo en relación con el art. 2 de la Ley 2/2013, de 29 mayo, *de renovación y modernización turística de Canarias*).

(23) Vid. Aragón (arts. 6.1 y 7 del Decreto 80/2015, de 5 de mayo); Canarias (art. 8 del Decreto 113/2015, de 22 de mayo) o Comunidad de Madrid (art. 17.6 del Decreto 79/2014, de 10 de julio).

las viviendas de uso turístico y cómo las normativas autonómicas se enfrentan a ello. En este sentido, ya debo apuntar la discrepancia entre regulaciones, señalándose como requisitos básicos el de estar amuebladas, en perfectas condiciones de limpieza e higiene y dotadas de aparatos y enseres necesarios (cubertería, menaje, lencería) para su uso inmediato. En cuanto a la concreción de estos requisitos básicos, entre todas las normativas, dejando a un lado a la regulación valenciana, destaca la canaria, la cual detalla cuál es el equipamiento mínimo que debe contar la vivienda para poder ser ofertada y que es determinado estancia por estancia (equipamiento general, dormitorio, baño y cocina). Por el contrario, regulaciones como la aragonesa, que habla en términos generales (mobiliario, cubertería, menaje, lencería) y sobre todo la madrileña (amuebladas, equipadas y en condiciones de uso inmediato), poco tienen que ver con la delimitación profusa anteriormente mencionada (24).

Fuera de estos requisitos mínimos que parecen coincidir en todas las normativas, es verdad que hay elementos en las que algunas se desmarcan y que parecen necesarios hoy en día como es el hecho de que la vivienda tenga acceso inalámbrico a internet Wifi (Comunidad de Madrid), el contar con elementos fijos de aire acondicionado en habitaciones y salones, señalándose incluso la obligación de contar con calefacción si el periodo de funcionamiento comprende los meses de octubre a abril o la obligación de ofrecer información turística de la zona (borrador andaluz de 2014). De todos modos, a estos requisitos mínimos se suele incorporar por parte de las normativas una serie de obligaciones en cuanto a la atención de consultas (hojas de reclamaciones, teléfono de contacto) y servicios de asistencia y mantenimiento de las viviendas, todo ello encaminado a proteger al consumidor-usuario.

Otro aspecto que no debe pasarse por alto son los requisitos mínimos de composición de la vivienda de uso turístico, en donde de nuevo hay discrepancia entre regulaciones. Por lo que respecta a la composición o superficie mínima de la vivienda, regulaciones como la aragonesa o la catalana no contienen referencia al respecto ya que únicamente aluden a límites de capacidad por habitación; sin embargo, en el caso de la Comunidad de Madrid (art. 18.1 del Decreto 79/2014, de 10 de julio) esto cambia al establecerse que las viviendas deben contar como mínimo con un salón-comedor, cocina, dormitorio y baño, posibilitándose la oferta de estudios (integración del dormitorio en el salón-comedor-cocina y máximo de dos plazas en camas convertibles). En el caso Canarias, la regulación es más farragosa al derivar al hecho que admita

(24) De igual manera debe englobarse la normativa catalana que sólo indica que las viviendas deben estar suficientemente amuebladas y dotadas de aparatos y enseres necesarios (art. 67.2 del Decreto 159/2012, de 20 de noviembre). En el caso del Principado de Asturias se decanta por referirse a requisitos técnicos que también especifica en relación al dormitorio, servicios higiénicos, salón y cocina.

una adecuada dotación de muebles y sobre su concordancia con lo establecido en la Decreto 117/2006, de 1 de agosto, *por el que se regulan las condiciones de habitabilidad de las viviendas y el procedimiento para la obtención de la cédula de habitabilidad*, situación que en el Principado de Asturias también ocurre si bien hay que ir desgranando diversos preceptos para resolver la problemática sobre superficie mínimas y máximas, estableciéndose, eso sí, un límite de siete habitaciones (superficie mínima en habitación individual: 6 m²; habitación doble: 10 m²; un baño cuando la capacidad de la vivienda no exceda de seis plazas; salón: 8 m²).

Un último apunte en este apartado es el de la capacidad máxima alojativa de estas viviendas. En este sentido tampoco se muestra una línea común, siendo la normativa aragonesa la que dedica un artículo completo (art. 8) a este respecto vinculando la ocupación con la superficie de la habitación (1 persona por habitación ≥ 6 m²; 2 personas por habitación ≥ 10 m²; 3 personas por habitación ≥ 14 m²). En otros supuestos, como Cataluña, la capacidad máxima se deriva a la cédula de habitabilidad, la cual determinará las plazas máximas (art. 67.1 del Decreto 159/2012, de 20 de noviembre).

El establecimiento de unos criterios mínimos de capacidad, superficie y, sobre todo, de equipamiento de las viviendas de uso turístico configura ese contrato turístico y derivación hacia la normativa turística, equiparando la actividad al resto de alojamientos turísticos. No debemos olvidar este último aspecto, la equiparación, y es que el hecho de que estas viviendas sean receptoras de turistas conlleva el que éstas cuenten con un mínimo de confort y amenidades como cualquier otro alojamiento turístico. Es por ello que resulta curioso el planteamiento de la CNMC, la cual, en relación con la normativa canaria, plantea que el hecho de que el establecimiento de un «exhaustivo catálogo de requisitos en cuanto a las dimensiones y equipamiento de las viviendas», constituye «una carga innecesaria para los operadores que incrementa los costes y limita su libertad de autoorganización» (CNMC, 2015b).

VIII. PROCEDIMIENTO DE INICIO Y EJERCICIO DE LA ACTIVIDAD

A la hora de iniciar la actividad turística, las normativas aprobadas tienden a seguir un procedimiento de conformidad con la Directiva 2006/123/CE, *de servicios en el mercado interior*, y con ello la asociación de la declaración responsable como eje articulador del inicio del proceso administrativo de autorización. Todo a pesar de que, por ejemplo, la CNMC (2015b) no vea claro el que se sujete el acceso a la actividad a un régimen de declaración responsable, «sin que se justifique en términos de necesidad y proporcionalidad tal intensidad de intervención administrativa con el consiguiente coste de recursos públicos». Dejando a un lado este planteamiento, lo que es indudable, según

mi parecer, es que el hecho de que los propietarios destinen su vivienda a una actividad turística (cesión de vivienda, prestación de servicios y comercialización) conlleva la necesidad de apertura de un procedimiento ante la Administración autonómica (Dirección general competente en turismo, Servicio provincial, etc.) que faculte el inicio y ejercicio de la actividad, ello sin olvidar el procedimiento a seguir frente al municipio que más adelante analizaré.

Profundizando en el mecanismo de autorización, como señala Tudela Aranda (2010: pp. 1662-1664), la importancia de la Directiva 123/2006, se traduce en la huida del régimen de autorización previa y la inscripción en el registro de turismo autonómico correspondiente únicamente a efectos informativos, en aras todo ello a la llamada «simplificación administrativa» (25). Así, aunque no desaparece, el régimen de autorización se mantiene para la prestación de determinados establecimientos y servicios turísticos en atención a diversas razones de interés general, caso que en lo relativo a viviendas de uso turístico no se considera (26).

Remontándonos en el tiempo, es interesante comprobar cómo, de conformidad con el Real Decreto 2877/1982, de 15 octubre, a las viviendas vacacionales no se les vinculaba ningún tipo de autorización administrativa previa ni de clasificación administrativa, «bastando con la simple comunicación a la Administración de su dedicación al tráfico turístico, sin más condiciones o trámites ni aportación de documentos, por lo que a la Administración turística se refiere» (27). Ahora bien, el desplazamiento del Real Decreto por la normativa autonómica ha dado un vuelco a este planteamiento, siempre

(25) En cuanto al impacto de la Directiva 2006/123/CE en el ámbito turístico: Bermejo Latre y Escartín Escudé (2010).

(26) Como señalan Bermejo Latre y Escartín Escudé (2010: pp. 505-506), cuando se habla de razones imperiosas de interés general, éstas se asocian a diversos ámbitos, los cuales se interpretan de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea relativa a los arts. 43 y 49 del Tratado de Roma. Con ello, por ejemplo en Aragón (art. 26 Decreto Legislativo 1/2013, de 2 de abril, del Gobierno de Aragón, *por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Turismo de Aragón*), se mantiene la autorización previa para la apertura de complejos turísticos, en aras de la salvaguarda de la «seguridad pública, la protección civil, la salud pública, la protección del medio ambiente y del entorno urbano, la conservación del patrimonio cultural y el mantenimiento de Aragón como destino turístico integral como factor decisivo para el desarrollo de la política turística de la Comunidad Autónoma»; la prestación de servicios de turismo activo, «con el fin de garantizar la seguridad pública, la protección civil y la conservación del medio ambiente»; o la apertura de alojamientos turísticos al aire libre ubicados en terrenos que se hallen en situación de suelo rural, «con el fin de garantizar la seguridad pública, la protección civil y la conservación del medio ambiente».

(27) Vid. Fundamento de derecho tercero de la sentencia número 447/2013, de 7 de mayo, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 9ª) (RJCA\2013\685).

teniendo en cuenta que son pocas las Comunidades Autónomas que cuentan con regulación.

Con ello, y atendiendo a la normativa aprobada, para el inicio de la actividad turística, la persona interesada debe suscribir documento en el que manifieste, bajo su responsabilidad, que cumple los requisitos establecidos en la normativa vigente para iniciar el ejercicio de la misma que se compromete a mantener su cumplimiento durante el plazo de tiempo inherente al ejercicio de ésta (28). A esta declaración responsable se le asocia un contenido mínimo relativo a los datos del solicitante, persona propietaria y capacidad, para posteriormente inscribirse en el registro competente en materia de turismo que gestione la Comunidad Autónoma. A ello hay que sumar, como es lógico, que toda modificación o reforma de las condiciones de inscripción de la vivienda, la transmisión o el cese deberán ser comunicadas para hacerse constar en el registro. Dentro de la documentación a acompañar a la declaración responsable, la normativa canaria y aragonesa, exigen, por ejemplo, que se incluya declaración responsable que en los estatutos de la comunidad de propietarios no existe prohibición expresa que impida destinar la vivienda a la actividad vacacional; la compatibilidad del uso con el planeamiento urbanístico del municipio o, en su caso, la disposición de las autorizaciones municipales que fueren necesarias para el ejercicio de la actividad en el inmueble de que se trata; o la cédula de habitabilidad o licencia de primera ocupación. A todo ello podemos sumar el que en la Comunidad de Madrid se exija la aportación de un plano de la vivienda visado y firmado por técnico competente (29).

Por lo que respecta al ejercicio de la actividad es conveniente delimitar el régimen de funcionamiento y comercialización, haciendo especial hincapié en el sistema de precios y reserva. En cuanto a este último aspecto, las normativas tienden a establecer que éste sea libre, ser comunicados o exhibidos al público en lugar visible y de modo legible en la propia vivienda y en la publicidad relativa a la misma (*vid.* Aragón, Canarias, Comunidad de Madrid), y, sobre

(28) *Vid.* art. 3.3 del Decreto 20/2015, de 17 de abril, *relativo a principios generales y directrices de coordinación en materia turística; de regulación de órganos asesores, de coordinación y de cooperación del Gobierno de las Illes Balears, y de regulación y clasificación de las empresas y de los establecimientos turísticos, dictado en desarrollo de la Ley 8/2012, de 19 de julio de 2012, de Turismo de las Illes Balears.*

(29) En Aragón (art. 14.2 del Decreto 80/2015, de 5 de mayo), además se exige: a) los datos de la vivienda y su capacidad legal máxima; b) Los datos de la persona propietaria y, en su caso, de la persona gestora. En este último supuesto, deberá hacerse constar que la persona gestora dispone de título suficiente otorgado por el propietario para la gestión de la vivienda; c) El número de teléfono para atender de manera inmediata comunicaciones relativas a la actividad de vivienda de uso turístico; d) Declaración responsable del cumplimiento de la normativa vigente en materia de habitabilidad y seguridad para su uso residencial como vivienda, así como sobre potabilidad y depuración de agua y evacuación de residuales.

todo, incluir el suministro de agua, energía eléctrica, calefacción, refrigeración, servicios de limpieza y el uso de ropa de cama y baño (Comunidad de Madrid) (30). Además, debemos sumar la obligación de que la vivienda exhiba una placa identificativa, la cual debe situarse en la puerta de entrada y en lugar visible (*vid.* Aragón, Canarias o Comunidad de Madrid).

En cuanto al régimen de funcionamiento, partiendo del interesante matiz incorporado en la regulación madrileña en el cual se estipula que las viviendas de uso turístico, por su carácter de establecimientos turísticos, son de libre acceso al público, «sin que se pueda restringir su utilización por razones de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión u otra circunstancia personal o social» (art. 18.4 del Decreto 79/2004, de 10 de julio); sin duda la normativa canaria es la que con mayor profundidad trata esta cuestión, al exigir que las partes firmen un contrato (en inglés y castellano), hecho que ha puesto en tela de juicio la CNMC (2015b), en donde se recojan las condiciones, horarios, número máximo de personas que pueden ocupar la vivienda y los precios correspondientes (art. 12.4 del Decreto 113/2015, de 22 de mayo) (31).

Fuera de la problemática contractual, otro aspecto interesante que contiene la normativa aragonesa y que sería interesante extender al resto es el relativo al establecimiento de ciertas prohibiciones a los clientes. Así, éstas se asocian a la realización de comportamientos antisociales, la introducción de muebles, animales o realización de obras o reparaciones sin autorización del titular de la vivienda, facultando a estos últimos solicitar la resolución del contrato y efectuar un requerimiento de abandono de la vivienda a sus infractores (art. 12 del Decreto 80/2015, de 5 de mayo).

(30) A partir de estos aspectos básicos, el problemático borrador andaluz de 2014 profundiza todavía más al introducir la posibilidad de exigir una señal de hasta el 30% del total de la estancia e incluso fianza a la recogida de llaves para cubrir posibles desperfectos en la vivienda, sin que se establezca cuantía máxima o mínima. Los casos de cancelaciones de la reserva también se regulan con la introducción de la retención del 50% del anticipo si el usuario cancela antes de diez días de la fecha prevista para la ocupación, no aplicándose penalización en los casos de fuerza mayor debidamente justificada. Además, es interesante el régimen de funcionamiento con la obligación de entrega a toda persona usuaria de un documento a modo de contrato entre las partes que contenga el nombre del titular de la vivienda, número de inscripción en el registro, personas que van a ocupar la vivienda, fechas de entrada y de salida, además de precio total. Asimismo, se establecen los periodos de ocupación, presumiéndose de 12 horas del primer día del periodo contratado a 12 horas del día en que finaliza dicho periodo y la obligación de explicación del funcionamiento de los aparatos electrodomésticos y de las normas de uso de los elementos e instalaciones comunes del bloque o urbanización, entregando las pertinentes llaves, tarjetas o pases (*vid.* art. 6).

(31) A ello se suma el hecho señalado por Martos Calabrús (2014: pp. 92-93) de la falta de competencia de las Comunidades Autónomas en el aspecto contractual en sede derecho civil.

IX. LA INCIDENCIA DE LAS COMUNIDADES DE PROPIETARIOS

Un aspecto problemático en lo que a las viviendas de uso turístico concierne, es el relativo a las incomodidades que puede suponer para el resto de residentes del edificio. En este sentido, según datos de Exceltur (2015), entre los aspectos negativos que aluden federaciones y asociaciones vecinales entrevistadas se encuentran los niveles de ruido que perturban el descanso de los residentes, una mayor limpieza de los espacios comunes, pérdida de seguridad en el edificio y parking por la entrada de terceras personas y un mayor desgaste de las zonas comunes (32).

Ante esta situación, no es incoherente hablar de la existencia de un deterioro en los niveles de convivencia ciudadana y en la calidad de vida de los residentes, circunstancia a la que pueden hacer frente las comunidades de vecinos a través de diferentes mecanismos.

Como se ha expuesto anteriormente, dejando eso sí aparte las situaciones en las que se considere que nos encontramos ante un arrendamiento de temporada (33), regulaciones como la aragonesa, canaria o catalana, exigen con carácter previo al inicio de la actividad, entre otros documentos, declaración responsable acerca de que los estatutos de la comunidad de propietarios no prohíben, ni establecen restricciones del uso del inmueble al destino de vivienda de uso turístico (*vid.* Aragón). Ahora bien, independientemente de que la normativa recoja esta exigencia, ¿es posible admitir que una entidad o departamento de un edificio dividido en propiedad horizontal destinado en el título constitutivo a vivienda (no a uso comercial) puede destinarlo a estos usos turísticos sin necesidad de aprobación de la comunidad de propietarios? (34).

(32) Dicho estudio se realizó entre enero a mayo de 2015 a asociaciones y federaciones vecinales de Barcelona, Madrid, Valencia, Granada, Toledo, Salamanca y Extremadura, zonas algunas de ellas que carecen de una regulación al respecto.

(33) Como se ha comprobado, nos encontramos antes supuestos del art. 5.e LAU, ahora bien en el caso de los arrendamientos de temporada, qué influencia tienen las comunidades de propietarios. En este sentido, Feliú Amengual (2014) alude a la imposibilidad de que éstas puedan impedir que se arriende con este modelo contractual todo ello de conformidad con los artículos 348 y 1254 del Código Civil. Como posible defensa se indica el acudir a la cesación de uso del art. 7 de la Ley de Propiedad Horizontal, pudiendo incluso privar del uso de la vivienda por tiempo no superior a tres años.

(34) *Vid.* Sentencia número 384/2011, de 12 julio, de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 13ª) (JUR\2011\318655) en relación con las sentencias del Tribunal Supremo de 23 de noviembre de 1995, 20 de septiembre y 10 de octubre de 2007: «Pues bien, ciertamente, en un sistema en el que la propiedad privada está reconocida constitucionalmente (art. 33 CE) y en el que los derechos de disfrute tienden a atribuir al titular las máximas posibilidades de utilización sobre su inmueble, las restricciones a las facultades dominicales han de interpretarse limitadamente, de tal forma que su titular puede acondicionar su propiedad al uso que tenga por conveniente, siempre y cuando no quebrante alguna prohibición legal, y ello aunque suponga un cambio de destino respecto del previsto en el título constitutivo».

Esta pregunta es planteada en la sentencia número 384/2011, de 12 julio, de la Audiencia Provincial de Barcelona, negando la misma atendido al hecho del respeto a las cláusulas o reglas precisas y concretas que se contengan en los estatutos o en título de la propiedad, aún más cuando se produce un cambio sustancial y prohibido en sí mismo de destino, desarrollando en el inmueble una actividad prohibida en los estatutos al resultar dañosa para la finca (35). Asimismo, se debe tener en consideración que este planteamiento se apoya en la redacción clara del artículo 7 párr. 2.º de la Ley de Propiedad Horizontal, «que impide a todo propietario desarrollar en el piso actividades no permitidas por los estatutos o incómodas para la finca» (Sentencia del Tribunal Supremo de 23 noviembre 1995).

Por otra parte, dentro de la jurisprudencia también podemos encontrar diferentes pronunciamientos acerca de la incidencia de las comunidades de propietarios ante la actividad de hospedaje o explotación de industria hotelera en plantas destinadas a vivienda, tomando como eje la consideración de actividad dañosa para la finca. Como punto de partida, estas sentencias consideran dos aspectos fundamentales como son la necesidad de licencia administrativa para el ejercicio de la industria y la inexistencia de norma prohibitiva ni estatutaria, ni en el título constitutivo en cuanto a la prohibición o limitación del uso y destino de las dependencias privativas del edificio (36).

A ello se debe sumar la incidencia de la escritura de declaración de obra nueva, respecto a la cual la jurisprudencia entiende que si se especifica un destino exclusivo a uso de vivienda, no tendría cabida una explotación como vivienda de uso turístico (37). Ahora bien, como se indica, es indispensable

(35) Sentencia número 384/2011, de 12 julio, de la Audiencia Provincial de Barcelona, fundamento cuarto: «Lo que no está permitido al propietario y al ocupante del piso o local es desarrollar en él o en el resto del inmueble actividades prohibidas en los estatutos, que resulten dañosas para la finca o que contravengan las disposiciones generales sobre actividades molestas, insalubres, nocivas, peligrosas o ilícitas; y ello como lógica consecuencia de la necesidad de regular la vida de la Comunidad de Propietarios en aras a asegurar que el ejercicio del derecho propio no se traduzca en perjuicio ajeno ni en menoscabo del conjunto para así dejar establecidas las bases de una convivencia normal y pacífica. Y ante tal situación es un derecho legítimo la reacción de la Comunidad».

(36) Vid. sentencia número 164/1996, de 16 mayo, de la Audiencia Provincial de A Coruña (Sección 1ª), AC\1996\910; sentencia número 442/2014, de 13 octubre, de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 1ª), AC\2014\2055; sentencia número 323/2002, de 7 octubre, de la Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección 5ª), JUR\2003\41606;

(37) Vid. sentencia número 164/1996, de 16 mayo, de la Audiencia Provincial de A Coruña (Sección 1ª), AC\1996\910, en su fundamento jurídico segundo: «Tal como expresa la STS 23 noviembre 1995 (RJ 1995\8898), en supuesto similar al de autos, apareciendo en la escritura de declaración de obra nueva, que también es de constitución de régimen de propiedad horizontal, la descripción del edificio, compuesto de dos sótanos con destino

que se especifique claramente esta circunstancia, aún más si puede ser a través de una prohibición expresa a través del régimen de propiedad horizontal, su título constitutivo o su regulación estatutaria, ya que si no existe una mínima limitación para el ejercicio de ninguna actividad lícita, ello no puede suponer una restricción de las facultades dominicales del propietario (38).

Por lo que respecta a si la actividad de hospedaje es una actividad dañosa, la jurisprudencia se decanta por esta opción por el simple hecho de que la misma conlleva una serie de molestias que van más allá de la normal convivencia que se desarrolla en el inmueble, tal y como expone la sentencia número 164/1996 de 16 mayo de la Audiencia Provincial de A Coruña, en su fundamento de derecho tercero (39):

«Y cabe concluir que la industria de hospedaje que el demandado explota en el piso de autos, conlleva unas molestias potenciales que exceden de las que la convivencia en un régimen de propiedad horizontal obliga a soportar, y que la prueba testifical practicada pone de relieve; así el uso intensivo del ascensor con carga y descarga de equipajes, la ocupación del portal con maletas y otros bultos, las frecuentes entradas y salidas de personas, el aumento de gastos en el consumo de luz y por reparaciones del ascensor que con frecuencia aparece deteriorado, hechos que los testigos afirman se conectan con el inicio de la actividad de hospedaje, al igual que el hecho de que la puerta de entrada al inmueble permanezca «casi siempre» abierta, etcétera».

a locales comerciales y plantas altas con destino a viviendas, tal especificación no puede suponer, respecto de estas plantas, sino el destino de sus partes, indivisas al uso de vivienda, sin que por lo tanto se puedan destinar para ningún uso comercial, ni a otra finalidad que no sea la de vivienda, con exclusión de cualquier otro destino».

(38) Sentencia del Tribunal Supremo de 12 septiembre 2013 (RJ 2013, 6815): «(...) prácticamente unánime (...) al considerar que la mera descripción del inmueble no supone una limitación del uso o de las facultades dominicales, sino que la eficacia de una prohibición de esta naturaleza exige de una estipulación clara y precisa que la establezca. Los copropietarios no pueden verse privados de la utilización de su derecho a la propiedad como consideren más adecuado, a no ser que este uso esté legalmente prohibido o que el cambio de destino aparezca expresamente limitado por el régimen de dicha propiedad horizontal, su título constitutivo o su regulación estatutaria».

(39) Parecido pronunciamiento lo podemos encontrar en la sentencia número 4/2000, de 5 enero, del Juzgado de Primera Instancia de Pamplona (Provincia de Navarra) en su fundamento de derecho segundo: «En definitiva, puede establecerse que la explotación hostelera en la propiedad de la mercantil interpelada afecta en gran medida a los otros propietarios, y más en especial a los que habitan en la planta segunda del edificio, constituyendo una actividad molesta que no tienen por qué soportar, ya que rebasa los límites del umbral de tolerancia marcado por la Ley de Propiedad Horizontal en el último párrafo del art. 7 de la Ley de Propiedad Horizontal de 21 de julio de 1960, por lo cual ha de accederse a la pretensión de los Sres. R. M. relativa al cese de la actividad hostelera llevada a cabo por la demandada en el inmueble, condenándole a estar y pasar por esta declaración».

Este pronunciamiento se pone en consonancia con un criterio jurisprudencial seguido desde los años setenta (sentencias de las Audiencias Provincial de Granada de 19 de abril de 1975, 7 de febrero de 1976 y Oviedo 12 de abril de 1976) y que tiene como claro exponente la sentencia del Tribunal Supremo de 23 noviembre 1995 (RJ\1995\8898) que considera, en su fundamento de derecho primero, que estas actividades «sobrepasan los límites normales de la tolerancia a que obligan las normas de convivencia social» (40).

Por último, otro aspecto tratado por la jurisprudencia es el de la modificación de los estatutos de la Comunidad para limitar el uso turístico de las viviendas. En el caso analizado, si bien se alegaba por la parte actora una limitación de los derechos de las viviendas a un único uso, perjudicando gravemente los derechos administrativos ya concedidos con anterioridad, en realidad la modificación de los estatutos estribaba en la definición de las personas consideradas como residentes de la comunidad, excluyendo del uso de las zonas comunes a los arrendatarios con contrato inferior a tres meses. En este caso el tribunal entiende que el acuerdo comunitario supone un perjuicio grave para el titular al rebajar el nivel de prestaciones de la vivienda con las consecuencias que ello conlleva en la oferta de la misma, aún más cuando es posible adoptar otras medidas que «permitan la coexistencia de los intereses de los residentes de todo el año, y de los de temporada» (41).

X. ADMINISTRACIÓN LOCAL Y VIVIENDAS DE USO TURÍSTICO: EL USO TERCIARIO

Como se ha señalado anteriormente, la normativa autonómica tiende a vincular a la implantación de una vivienda de uso turístico el hecho de la compatibilidad del uso terciario que implica, además de asociar las autoriza-

(40) Sentencias del Tribunal Supremo de 13 junio 1967 (RJ 1967\2990) y 14 junio 1968 (RJ 1968\3798).

(41) Fundamento de derecho tercero de la sentencia número 486/2011, de 20 octubre, de la Audiencia Provincial de Barcelona (AC\2014\2152): «Lo que en este caso concreto resulta obvio es, que no es lo mismo alquilar un apartamento con todas las prestaciones complementarias derivadas del acceso a las zonas comunes, que alquilarlo sin acceso a piscina, gimnasio, sauna, etc. pues el precio que se puede establecer es más alto en el primero de los supuestos, y el atractivo para conseguir clientes aumenta con todos esos servicios. Y no puede negarse que el acuerdo comunitario supone en consecuencia un perjuicio grave para el titular del apartamento turístico quien, de mantenerse el acuerdo, no podría alquilarlo con el nivel de prestaciones que supone que sus clientes tengan acceso a las zonas comunes. De mantener el acuerdo se permitiría de hecho la negación del uso en todo caso, dado el destino de la vivienda como apartamento turístico. Y debe entenderse que esta es una medida excesivamente gravosa y drástica, máxime cuando pueden arbitrarse otras que permitan la coexistencia de los intereses de los residentes de todo el año, y de los de temporada».

ciones municipales que fueren necesarias para el ejercicio de la actividad en el inmueble (*vid.* Aragón) (42).

En este sentido, existe diferente jurisprudencia reciente que se pronuncia acerca de la incidencia de la implantación de un uso distinto del residencial en la vivienda, en concreto un uso terciario, sobre todo a raíz de problemática surgida en torno a la ordenación por parte del Ayuntamiento de Madrid de la suspensión y cese de la actividad de una vivienda vacacional por ejercerse la misma sin la preceptiva licencia municipal (43).

A este respecto, se debe partir de la circunstancia de que nos encontramos ante una explotación turística extra-hotelera en suelo de uso residencial e independientemente que se cuente o no con una regulación turística al respecto, es indudable que éstas deben someterse a la norma urbanística y el plan general de ordenación urbana del municipio (PGOU) (44). En este supuesto, en la jurisprudencia se plantean razonables dudas de si se debe considerar en el caso de una vivienda de uso turístico un cambio de uso residencial a terciario de hospedaje (45). Así, por ejemplo el Tribunal Superior de Justicia de Madrid ha analizado dicha circunstancia tomando el hecho de que el Real Decreto 2.877/1982 sólo exigiera licencia de primera ocupación para estas viviendas. Así, con la normativa urbanística, el tribunal alude a que ante estos casos nos encontramos ante «actos de implantación de usos o de modificación de los ya establecidos para el desarrollo de actividades en terrenos, edificios, construcciones o instalaciones o partes de los mismos, sin ejecución de obras de clase alguna» que no están amparados por dicha licencia y que por lo tanto hace necesaria una autorización urbanística que ampare un uso distinto del residencial en la vivienda (46). En el caso analizado, el tribunal se decanta por la exigencia de licencia urbanística, en su caso licencias de

(42) Con ello, se puede definir el uso de servicio terciario como el que tiene por finalidad la prestación de servicios al público, las empresas u organismos, tales como los servicios de alojamiento temporal, comercio al por menor en sus distintas formas, información, administración, gestión, actividades de intermediación financiera u otras similares.

(43) En contraposición a la Administración, la parte actora defendía que la actividad se incardina dentro del uso residencial, no existiendo norma sectorial que exigiera licencia municipal para la explotación de viviendas vacacionales.

(44) *Vid.* Fundamento jurídico segundo de la sentencia número 513/2013, de 17 abril, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (RJCA\2013\579): «...que la actividad de viviendas vacacionales es una modalidad de explotación turística extra-hotelera que, por su propia naturaleza, se incardina dentro del suelo de uso residencial o de vivienda, por cuanto es de pura evidencia que ni existen ni pueden existir viviendas de ningún tipo en suelo terciario».

(45) *Vid.* Fundamento de derecho cuarto de la sentencia número 513/2013, de 17 abril, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (RJCA\2013\579).

(46) De nuevo, sentencia número 357/2011 de 24 febrero, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (JUR\2011\170072).

obra y actividad y funcionamiento, por lo que trasladándose a la actualidad, la acción de los propietarios no sólo deberá atender al cumplimiento de los requisitos que recoja la correspondiente norma reglamentaria sobre viviendas de uso turístico, sino también atender al ámbito urbanístico, aún más cuando en el asunto de que tratamos, el uso urbanístico, las normas urbanísticas y el plan general de ordenación urbana serán los que determinen el devenir de su posible implantación (47).

Sin duda, la compatibilidad entre uso residencial y terciario hotelero en el mismo inmueble, siempre ha generado serios problemas, hecho que todavía se complica más cuando en las viviendas de uso turístico no cuentan con un acceso directo sobre la calle e independiente del utilizado por los residentes que facilitaría la compatibilidad (De Guerrero Manso, 2012: pp. 186-189). De todos modos, es imprescindible acudir al PGOU del municipio en cuestión para comprobar si dicho uso está permitido, prohibido o simplemente no se dice nada al respecto lo que nos conllevaría la discrecionalidad del Ayuntamiento en cuanto a su autorización. Este aspecto es importante ya que nos podemos encontrar con sorpresas como el caso de la ciudad de Valencia en donde a pesar de admitir la existencia de viviendas turísticas en edificios de uso mixto, las normas urbanísticas del PGOU (art. 6.6.4.g.) señalan que las plantas destinadas a un uso terciario hotelero (hoteles, hostales, pensiones y apartamentos en régimen de explotación hotelera) se situarán siempre por encima de las destinadas al resto de usos no residenciales y por debajo de las destinadas a usos residenciales (Ayuntamiento de Valencia, 1990). Por ello, como digo, nos podemos encontrar en la tesitura de que no todos los

(47) Fundamento de derecho segundo de la sentencia número 1509/2012, de 25 octubre, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (RJCA\2012\928): «No cabe ninguna otra interpretación, pues las normas del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, aprobado por Decreto de 17 de Junio de 1955, y las de la Ordenanza de tramitación de licencias, así como las normas del Plan General de Urbanismo en modo alguno pueden modificar lo dispuesto en el Real Decreto 2877/1982, por ser anterior, y las otras normas citadas por ser de inferior rango. Sin embargo, la cuestión no ha de establecerse en el ámbito del ejercicio de la actividad sino, como bien intuye la parte apelada, en el uso urbanístico, cuestión que regula en exclusiva la Ley Territorial de Madrid 9/2001 de 17 julio 2001 del suelo de Madrid, y en desarrollo de sus previsiones los planes de urbanismo, en concreto el normas urbanísticas del Plan General de Ordenación Urbana de Madrid de 12 de Junio de 1997. el uso urbanístico es una cuestión exclusivamente urbanística cuyo desarrollo normativo le corresponde a las comunidades autónomas conforme al artículo 148 1.3 de la de la Constitución y asumida en exclusiva por la Comunidad de Madrid en virtud de su estatuto aprobado por Ley Orgánica 3/1983, de 25 de febrero, por tanto en la regulación de los usos la norma urbanística y el plan desplaza cualquier legislación estatal pues la Administración del Estado no puede por ser competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma incidir en la competencia de naturaleza urbanística de la Comunidad de Madrid».

propietarios pueden destinar su vivienda a esta actividad, simplemente ya por el hecho de la planta en donde se sitúe en el inmueble.

XI. INSPECCIÓN Y RÉGIMEN SANCIONADOR

Para concluir este análisis normativo es preciso detenerse en lo referido a la inspección y régimen sancionador aplicable a las viviendas de uso turístico, señalándose la circunstancia de que las normativas contienen escasas disposiciones al respecto al derivar hacia a la normativa turística básica autonómica.

Por lo que respecta a la inspección turística, sin duda alguna, un punto de debate es el de la posibilidad de acceder a la vivienda de uso turístico a efectos de la acción inspectora (48). En ese sentido, las normas han dejado claro en su redacción que la condición de vivienda de uso turístico permite el libre acceso y permanencia en las mismas de los inspectores turísticos en el ejercicio de sus funciones, no pudiéndose alegar la condición de domicilio de la vivienda con el objeto de evitar las actuaciones de los servicios de inspección (49). Ello nos lleva al deber de colaboración con la Administración que, como se establece en Aragón, conlleva a que los titulares, representantes legales o encargados vengan obligados a facilitar a los inspectores turísticos el examen de las dependencias (50).

Si acudimos a la problemática acerca de la inviolabilidad del domicilio puesta en consonancia con las viviendas de uso turístico, hay un supuesto muy controvertido que conviene analizar como es el hecho de que el propietario viva durante todo el año en la misma y ceda habitaciones, situación por la que parecen decantarse en regular algunas Comunidades Autónomas como Cataluña o Andalucía.

Sabemos que cuando se habla de domicilio, lugar de residencia habitual, el derecho instrumentaliza una esfera para proteger el ámbito en el cual se desarrolla la vida privada de la persona (art. 40 del Código Civil). Así, se veda toda intromisión y, con ello, la entrada y el registro en ella y de ella, siendo necesario para llevar estas acciones la obtención del oportuno mandamiento judicial si no existiera consentimiento del interesado. No obstante, y como señala la doctrina del Tribunal Constitucional, este derecho fundamental no es absoluto y su protección puede ceder en determinadas circunstancias como

(48) Este es acaso uno de los puntos más problemáticos de las regulaciones y que, por ejemplo, es apuntado por Bermejo Latre (2015).

(49) Vid. Canarias, art. 17.3 del Decreto 113/2015, de 22 de mayo o Comunidad de Madrid: art. 17.3 del Decreto 79/2014, de 10 de julio.

(50) Vid. Art. 79 del Decreto Legislativo 1/2013, de 2 de abril, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Turismo de Aragón.

son «el consentimiento del titular, estar cometándose un delito flagrante y la autorización judicial». Esta última se basa en una ponderación de las «circunstancias concurrentes y los intereses en conflicto, público y privado, para decidir en definitiva si merece el sacrificio de éste, con la limitación consiguiente del derecho fundamental» (51).

No es nueva la problemática relativa a la entrada y reconocimiento de los domicilios de personas naturales en el ámbito, por ejemplo, de la inspección tributaria, insistiéndose por parte del Tribunal Constitucional que para ello resulta imprescindible «la obtención del oportuno mandamiento judicial si no mediara consentimiento del interesado», hecho que se pone en consonancia con lo dispuesto en el art. 18.2 de la Constitución Española (52). Con ello, ante los casos en que en la vivienda de uso turístico resida su propietario y ceda habitaciones, parece que el entramado normativo y jurisprudencial chocaría frontalmente con el desarrollo normal de la función inspectora turística centrada en controlar actividades ilegales, hecho al que se sumaría los supuestos de alquiler de temporada.

De todas maneras, el acta de inspección torna en un elemento esencial siempre teniendo en cuenta que la presunción de certeza del acta es perfectamente compatible con el derecho fundamental a la presunción de inocencia (53). Por otra parte, hay que considerar que la Administración es la que debe probar los hechos en cuya base sanciona, no admitiéndose indicios que sean insuficientes para destruir la presunción de inocencia. De ahí la necesidad de abrir el abanico probatorio y no limitarse únicamente a ver de propia mano si dentro la vivienda hay turistas o no, aún más cuando la publicidad en el

(51) Vid. Fundamento jurídico sexto de la sentencia número 50/1995, de 23 febrero, del Tribunal Constitucional.

(52) De nuevo, Sentencia número 50/1995, de 23 febrero, del Tribunal Constitucional.

(53) Vid. Sentencia número 269/2001, de 5 marzo, del Tribunal Superior de Justicia de Islas Canarias, Las Palmas (Sala de lo Contencioso-Administrativo) (JUR\2001\184966), en su fundamento de derecho quinto: «El valor probatorio de las actas de la inspección, debe reconocerse en coherencia con la jurisprudencia de este Tribunal (SSTS 24 enero, 28 marzo, 6 abril y 4 mayo 1989 [RJ 1989\236, RJ 1989\2140, RJ 1989\2820 y RJ 1989\3603] o 18 enero 1991 [RJ 1991\1508]), que establece, que la presunción de certeza del acta es perfectamente compatible con el derecho fundamental a la presunción de inocencia, ya que tales actas tienen el carácter de prueba de cargo, dejando abierta la posibilidad de prueba en contrario que desvirtúe la presunción (...) siendo así, que se está ante un procedimiento sancionador, es claro, que a la Administración incumbe la prueba de los hechos en cuya base sanciona, y por tanto, lo que hay que analizar es si la Administración ha probado o no en la forma exigida los hechos constitutivos de la infracción, y si en su caso, el afectado ha aportado o no material probatorio que desvirtúe la valoración que la Administración ha hecho a partir de la eficacia probatoria que las actas de la Inspección y de los informes complementarios... (sentencia T.S. de 11-3-1997 RJ 1997, 2086)».

ofrecimiento de habitaciones puede ser un buen mecanismo para indicar la existencia de una actividad ilegal.

Este aspecto, no es nada nuevo. Con ello me refiero a que por ejemplo en la Ley de Turismo de Islas Baleares (Ley 8/2012, de 19 julio), se puede encontrar un precepto con un significativo título, «actividad clandestina y oferta ilegal» (art. 28). En este sentido, se establece que «la publicidad por cualquier medio de difusión o la realización efectiva de una actividad turística sin haber presentado la declaración responsable de inicio de actividad tendrá la consideración de oferta ilegal o actividad clandestina e implicará la incoación del correspondiente expediente sancionador». Como se aprecia, la comprobación por parte de la Administración de la oferta, comercialización o publicidad de una vivienda sin que previamente se hayan llevado a cabo los trámites necesarios para llevar a cabo el inicio de la actividad, es motivo suficiente para iniciar el procedimiento sancionador y con ello un mecanismo más que se puede utilizar para la persecución de la oferta ilegal de viviendas de uso turístico.

Fuera de este supuesto, el abanico de posibles infracciones turísticas es grande, con la pertinente clasificación en leves, graves y muy graves, y que deriva como digo al catálogo general de infracciones turísticas que recoge cada una de las Leyes de turismo aprobadas, si bien, por ejemplo, y en relación con lo anteriormente expuesto, podemos encontrar como motivo de incoación del procedimiento sancionador, la utilización de denominaciones de cualquier actividad turística que puedan inducir a error sobre la clasificación, las categorías o las características de la actividad (Islas Baleares) o la falta de exhibición de anuncios o distintivos obligatorios o su exhibición sin respetar las formalidades exigidas por la legislación turística (Aragón) (54).

En cuanto a quiénes son los responsables de las infracciones administrativas, existen diferentes pronunciamientos, pero acaso destaca según mi parecer la claridad de la normativa aragonesa al incluir a los propietarios, los gestores de las viviendas de uso turístico y los canales de comercialización o promoción de la oferta turística (art. 16. 2 del Decreto 80/2015, de 5 de mayo). Ello aclara una problemática surgida en la doctrina y que apuntaban Franch Fluxa y Ribas Conrado (2013: pp. 50-51), acerca de que el control no sólo debe orientarse hacia el propietario o gestor de la vivienda, sino que debe incluirse necesariamente a los canales de promoción y comercialización, circunstancia que no todas las normativas recogen. Referido a este último asunto, debe señalarse que por ejemplo la norma catalana recoge que ante los casos en que la persona propietaria y la persona gestora de la vivienda no coincidan, se establece una responsabilidad solidaria (art. 72 del Decreto 159/2012, de 20 de noviembre).

(54) Islas Baleares, art. 28 de la Ley 8/2012, de 19 julio,

XII. CONCLUSIÓN

Negar la trascendencia de las viviendas de uso turístico en nuestro país, carece de sentido. Por su impacto social, económico y turístico merecen un tratamiento adecuado por parte de todos los agentes implicados y, en especial, de los poderes públicos.

Escudándose en las ventajas de la economía colaborativa en su versión turística (turismo colaborativo), su especial configuración hace que la libertad jurídica entre operadores no tenga cabida aún más cuando es foco de negocio ya no sólo para sus propietarios o gestores, sino también de plataformas o canales de comercialización y promoción surgidos en la red. Guste o no, desde la Organización Mundial del Turismo, su secretario general, Taleb Rifai, ha instado recientemente a los gobiernos a regular la economía colaborativa «de una manera inteligente, sin matarla», y es que sin duda nos encontramos ante un fenómeno global en expansión (Hosteltur, 2015).

Desde luego que residir vacacionalmente de alquiler privado es una opción legítima, familiar y socialmente saludable (Bermejo Latre, 2015), pero cuando se entra en el tablero turístico, los participantes deben acatar las reglas del juego impuestas para el resto. Nos encontramos ante una actividad turística que debe ser reglada ya no sólo por la problemática que genera (competencia desleal, economía sumergida, problemas vecinales, impacto urbanístico, gentrificación, desprotección del turista/consumidor, etc.), sino porque ante todo se pone en tela de juicio la calidad del destino España.

XIII. BIBLIOGRAFÍA

- AIRBNB (2015): El impacto del alojamiento compartido en Madrid. Recuperado de: http://static.hosteltur.com/web/uploads/2015/06/Airbnb_Estudio_impacto_economico_en_Madrid.pdf
- ALGAR, R. (2007): «Collaborative consumption», *Leisure Report*, 2007(4), pp. 16-17.
- AYUNTAMIENTO DE VALENCIA (1990): normas urbanísticas. Plan General de Ordenación Urbana. Recuperado de: https://www.valencia.es/planos_urbanismo/NORMATIVA/PGOU/NormasUrbanisticas.pdf (septiembre de 2015).
- BERMEJO LATRE, J.L. y Escartín Escudé, V. (2010): «El impacto de la reforma de servicios en el sector del turismo», en Moreu Carbonell, E.: *El impacto de la directiva Bolkestein y la reforma de los servicios en el derecho administrativo*, Zaragoza, Monografías de esta REVISTA, Gobierno de Aragón, pp. 495-512.
- (2015): «Jaque al turista de alquiler», *Heraldo de Aragón*, sábado 6 de junio de 2015.

- BERROCAL LANZAROTE, A.I. (2013): «Análisis de la Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas». *Actualidad civil*, 7-8, 2013.
- BOTSMAN, R. & ROGERS, R. (2010): *What's Mine Is Yours: The Rise of Collaborative Consumption*. Nueva York: Harper Collins
- BRANDIS, D. (2012). «La vivienda secundaria como forma de alojamiento turístico en la Comunidad de Madrid (1970-2010)», *Polígonos: Revista De Geografía*, 23, 147-179.
- CASTAÑOS CASTRO, P. (2014): «Naturaleza jurídica del contrato de hospedaje, *Aranzadi civil-mercantil*. *Revista doctrinal*, Vol. 2, Nº. 6 (octubre), pp. 65-81.
- COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA (2014): *Economía colaborativa y regulación*. Blog 16 de junio de 2014. Recuperado de: <http://cnmcblog.es/2014/07/16/economia-colaborativa-y-regulacion/> (septiembre de 2015).
- (2014b): *Consulta pública sobre los nuevos modelos de prestación de servicios y economía colaborativa*. Recuperado de: <http://www.cnm.es/es-es/promoci%C3%B3n/informesyestudiossectoriales/estudiodeeconom%C3%ADacolaborativa.aspx> (septiembre de 2015).
 - (2015): *La CNMC recurre el Decreto de la Comunidad de Madrid que regula los apartamentos y viviendas de uso turístico*. Nota de prensa de 13 de marzo de 2015. Recuperado de: http://www.cnm.es/Portals/0/Ficheros/notasdeprensa/2015/PROMOCION/20150313_NP_ApartamentosMadrid.pdf (septiembre de 2015)
 - (2015b): *La CNMC requiere al Gobierno de Canarias que suprima o modifique distintos artículos de su reglamento de viviendas vacacionales*. Nota de prensa. De 18 de septiembre de 2015. Recuperado de: <http://www.cnm.es/LinkClick.aspx?fileticket=xNLZjmcnlc%3d&portalid=0&language=es-ES> (septiembre de 2015).
- COMUNIDAD DE MADRID (2014): *Memoria de análisis de impacto normativo del borrador de decreto por el que se regulan los apartamentos turísticos y las VUT de la Comunidad de Madrid*. Dirección General de Turismo. Consejería de empleo, turismo y cultura.
- CONFEDERACIÓN ESPAÑOLA DE HOTELES Y ALOJAMIENTOS TURÍSTICOS (2014): *Manifiesto en contra de la economía sumergida y la actividad económica ilegal en el alojamiento turístico español*. Recuperado de http://www.cehat.com/adjuntos/fichero_6637_20140708.pdf (septiembre de 2015).
- (2014b): *Consulta pública sobre los nuevos modelos de prestación de servicios y la economía colaborativa. Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia*. Recuperado de <http://www.cnm.es/es-es/promoci%>

- C3%B3n/informesyestudiossectoriales/estudiodeeconom%C3%ADacolaborativa.aspx. (septiembre de 2015).
- CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL DE ARAGÓN (2014): *Dictamen sobre el proyecto de Decreto por el que se aprueba el reglamento de las VUT en Aragón (Dictamen 5/2014)*. Zaragoza, Consejo Económico y Social de Aragón
- COSTAS RODAL, L. (2013). «Principales novedades introducidas en la LAU/94 por la Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas», *Aranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal*, 2 (6), 35-42.
- COUCHSURFING (2015): *Funcionamiento del modelo Couchsurfing*. Recuperado de: <http://www.couchsurfing.com/about/about-us/> (septiembre de 2015).
- DANIEL NÚÑEZ, J. (2014): «Consumo colaborativo, ¿qué supone para el sector?: el rápido crecimiento de plataformas P2P y su influencia en el turismo», *Tecnohotel: revista profesional para la hostelería y restauración*, N.º. 461, pp. 36-39.
- DE GUERRO MANSO, M.C. (2012): *La Zonificación de la ciudad: Concepto, Dinámica y Efectos*, Cizur Menor, Aranzadi.
- EXCELTUR (2015): *Alojamiento turístico en viviendas de alquiler: impactos y retos asociados*. Recuperado de <http://www.exceltur.org/wp-content/uploads/2015/06/Alojamiento-tur%C3%ADstico-en-viviendas-de-alquiler-Impactos-y-retos-asociados.-Informe-completo.-Exceltur.pdf> (agosto de 2015).
- FELIÚ AMENGUAL, B. (2014): «Arrendamientos urbanos: de la ley estatal 4/2013 a la Ley General Turística», *Boletín de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears*, N.º. 15, pp. 177-188.
- FIGUEROLA MARTÍN, M. (2015): «Topografía del modelo P2P en turismo», en Aguiló Pérez, E. y Antón Clavé, S.: *20 retos para el turismo en España*, Madrid, editorial Pirámide, pp. 297-314.
- FRANCH FLUXA, J. y RIBAS CONRADO, J.F. (2013): «El alquiler de viviendas para uso vacacional. Perspectiva actual, problemas y propuestas legales», *Estudios Turísticos*, 196, 33-57.
- GENERALITAT DE CATALUNYA (2015): *Regulación de las nuevas modalidades de alojamiento turístico*. Recuperado de: <http://web.gencat.cat/es/actualitat/detall/Regulacio-de-les-noves-modalitats-dal·lotjament-turistic-00001> (septiembre de 2015).
- GONZÁLEZ ALONSO, A. (2009): «Competencias comunitarias, estatales y autonómicas en materia de turismo», *Estudios Turísticos*, n.º. 180, pp. 65-113.
- GONZÁLEZ ORDEN, D.; Vallejo Andrada, A. y Sarasola Sánchez-Serrano, J.L. (2015): «Nuevos movimientos sociales: el transporte: El caso Bla-BlaCar y

- Uber», *IJERI: International journal of Educational Research and Innovation*, n. 3, pp.143-155.
- GUEVARA PLAZA, A. (2015): «El turismo ante el avance de las tecnologías de la información y la comunicación», en Aguiló Pérez, E. y Antón Clavé, S.: *20 retos para el turismo en España*, Madrid, editorial Pirámide, pp. 297-314.
- HOMEEXCHANGE (2015): *Modelo de acuerdo HomeExchange*. Recuperado de: http://homeex-ux.s3.amazonaws.com/affinities/1/pdf/HomeExchangeAgreement_ES.pdf (septiembre de 2015).
- HOMEAWAY (2014): «El alquiler vacacional genera un impacto económico en Andalucía de 1.898 millones de euros». Nota de prensa. Recuperado de: <https://www.homeaway.es/info/sala-de-prensa/notas-de-prensa/2014/el-alquiler-vacacional-genera-un-impacto-economico-en-andalucia> (septiembre de 2015).
- HOSTELTUR (2014): Los hoteleros denuncian el incremento de los alquileres turísticos ilegales. (8 de julio de 2014). Recuperado de http://www.hosteltur.com/162690_hoteleros-denuncian-incremento-alquileres-turisticos-ilegales.html (septiembre de 2015).
- (2015): Taleb Rifai: «Los países deben regular la economía compartida sin matarla» (17 de septiembre de 2015). Recuperado de http://www.hosteltur.com/112858_taleb-rifai-paises-deben-regular-economia-compartida-matarla.html (septiembre de 2015).
- JUAN MARTÍNEZ, F.; JESÚS PAULS, A. y SOLSONA MONZONÍS, J. (2003): «Las viviendas familiares y su uso turístico en la Comunidad Valenciana», *Estudios Turísticos*, 155-156, 159-177.
- LEIÑENA MENDIZÁBAL, E. (2015): «Los nuevos sistemas de utilización compartida de vehículos de transporte («carpooling» y «car sharing»): entre la economía colaborativa y la competencia desleal», *Revista de derecho mercantil*, N° 296, pp. 283-334.
- MARTÍNEZ CANELLAS, A. (2014): «La cesión del uso de la vivienda a no residentes: contrato de alojamiento (de estancias turísticas) en viviendas y el contrato de arrendamiento de temporada, conforme a la Ley del Turismo de las Islas Baleares tras la reforma de la Ley de Arrendamientos Urbanos». *Boletín de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears*, N°. 15, pp. 151-176.
- MARTOS CALABRÚS, M.A. (2014): «El contrato de arrendamiento de vivienda vacacional tras la reforma del artículo 5 de la LAU por la Ley 4/2013», *Revista de Derecho Civil*, Vol. 1, N°. 1, pp. 91-102.
- MINISTERIO DE INDUSTRIA, COMERCIO Y TURISMO (2012). Plan Nacional de Turismo 2012-2015. Recuperado de <http://www.tourspain.es/es-es/VDE/Paginas/PNIT.aspx>. (septiembre de 2015).

- MOLZ, J.G. (2012): «CouchSurfing and network hospitality: 'It's not just about the furniture'». *Hospitality & Society*, Vol. 1, n° 3, pp. 215-225.
- NIGHTSWAPPING (2015): funcionamiento del modelo Nightswapping. Recuperado de: <http://app.nightswapping.com/en/> (septiembre de 2015).
- PÉREZ GUERRA, R. y CEBALLOS MARTÍN, M. (2009): «La configuración del Derecho del turismo autonómico español en el ordenamiento jurídico administrativo-constitucional», en esta REVISTA, n° 35, pp. 455-518.
- PÉREZ MARTELL, R. y GONZÁLEZ CABRERA, I. (2008): *El alojamiento turístico: Problemática y soluciones en la ejecución del contrato de hospedaje*. Madrid, La Ley. Grupo Wolters Kluwer.
- PIZAM, A. (2014): «Peer-to-peer travel: Blessing or blight?», *International journal of hospitality management*, 38, pp. 118-119.
- ROMERO MONTERO, A. (2014): «Razones por las que AIRBNB va como un tiro»: el auge del consumo colaborativo en el turismo, *Tecnohotel: revista profesional para la hostelería y restauración*, N°. 460, p. 72.
- RUSSO, A. P. y QUAGLIERI DOMÍNGUEZ, A. (2014): «La lógica espacial del intercambio de casas: una aproximación a las nuevas geografías de lo cotidiano en el turismo contemporáneo», *Scripta Nova: Revista electrónica de geografía y ciencias sociales*, N°. 18, pp. 463-499.
- RUSSO, A. P. (2015): «La explosión del turismo colaborativo y los retos para el modelo turístico español», en Aguiló Pérez, E. y Antón Clavé, S.: *20 retos para el turismo en España*, Madrid, editorial Pirámide, pp. 113-134.
- TUDELA ARANDA, J. (2004): «Unas reflexiones dinámicas sobre la distribución de competencias entre el Estado y las comunidades autónomas», en Melgosa Arcos, F.J.: *Derecho y turismo*, Salamanca, Universidad de Salamanca, Ediciones Universidad de Salamanca, pp. 15-28.
- (2010): «Turismo», en Bermejo Vera, J. y López Ramón, F. (dirs.), *Tratado de derecho público aragonés*, Cizur Menor (Navarra), Civitas, pp. 1649-1670.
- TURESPAÑA (2014). *Movimientos turísticos en fronteras (Familitur)*. Recuperado de: <http://www.iet.tourspain.es/es-es/estadisticas/familitur/paginas/default.aspx> (septiembre de 2015).
- TURESPAÑA (2015). *Movimientos turísticos en fronteras (Frontur)*. Recuperado de: <http://www.iet.tourspain.es/es-es/estadisticas/frontur/informesdinamicos/paginas/anual.aspx> (septiembre de 2015).

DEBATES

EXPORTACIÓN DE MATERIAL DE DEFENSA A GOBIERNOS EXTRANJEROS

FRANCISCA VILLALBA PÉREZ

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. PUNTO DE PARTIDA.– II. SINGULARIDADES PROPIAS DEL SECTOR DE LA DEFENSA.– III. NORMATIVA A APLICAR A LOS CONTRATOS CELEBRADOS ENTRE GOBIERNOS PARA LA GESTIÓN DE PROGRAMAS DE MATERIAL DE DEFENSA CON DESTINO A LA EXPORTACIÓN.– IV. CONTRATO CELEBRADO ENTRE EL GOBIERNO ESPAÑOL Y UN GOBIERNO EXTRANJERO RELATIVO AL SUMINISTRO DE MATERIAL DE DEFENSA.– V. CONTRATO SUSCRITO POR EL MINISTERIO DE DEFENSA ESPAÑOL Y LAS EMPRESAS SUMINISTRADORAS DE MATERIAL DE DEFENSA PARA DAR CUMPLIMIENTO AL CONTRATO CELEBRADO ENTRE GOBIERNOS.– VI. PAGO DEL PRECIO DEL CONTRATO. CUENTA DE SITUACIÓN DE FONDOS DESTINADOS A FINANCIAR LA ADQUISICIÓN DE MATERIAL DE DEFENSA POR UN GOBIERNO EXTRANJERO.

RESUMEN: Con la finalidad de promover la exportación de material de defensa, la Ley 12/2012 y el Real Decreto 33/2014 introducen en el ordenamiento jurídico español un mecanismo contractual asentado sobre dos relaciones jurídicas. Una, instaurada entre el Gobierno español y un Gobierno extranjero en virtud de la cual el Gobierno extranjero solicita al Gobierno de España que realice las gestiones precisas para que un determinado material o tecnología de defensa le sean transmitidos por una empresa ubicada en España. Y una segunda, conforme al contenido del encargo del Gobierno extranjero al Gobierno español, el Ministerio de Defensa celebrará en el tráfico jurídico interno un contrato para que una empresa española suministre dicho material al Gobierno extranjero.

Analizar las singularidades y características de ambas relaciones jurídicas es el objeto de estudio de este trabajo.

Palabras clave: exportación; defensa; contrato; Gobierno; Ministerio de Defensa; mandato; representación

ABSTRACT: The Law 12/2012 and the Royal decree 33/2014 are intended to promote export of defence materiel by introducing in the Spanish legal system a contractual mechanism founded under two legal relationships. The first legal relationship is established between the Spanish Government and a foreign government pursuant to which the foreign government requests to the Spanish Government to take the appropriate steps to ensure that certain defence materiel and technology is transmitted by a company based in Spain; The second one, is established in accordance with the content of the

order requested by the foreign government to the Spanish government. The Ministry of Defence shall conclude a contract, in the internal legal system, with a Spanish company which provides this materiel to the foreign government.

This paper objective is analysing the singularities and characteristics of both legal relationships

Key words: export; defence; contract; Government; Ministry of Defence; mandate; representation.

I. INTRODUCCIÓN. PUNTO DE PARTIDA

El paso de la defensa del siglo XX a la seguridad y defensa del siglo XXI supone en cierto modo cuestionar el modelo de defensa diseñado exclusivamente para la guerra y la posguerra. Superada la necesidad de proteger militarmente el Estado y la integridad territorial y cuestionada la eficacia de las grandes intervenciones militares, las prioridades se reorientan a la protección de las sociedades y poblaciones. La seguridad y la defensa son pilares básicos, la principal obligación del Estado, sobre la que se asienta todo el sistema de derechos que este garantiza, y la política de defensa, en cuya ejecución las Fuerzas Armadas son una herramienta fundamental, constituye el principal instrumento para garantizar la respuesta ante potenciales amenazas, la disuasión frente a hipotéticos enemigos y la oposición contra actos hostiles que afecten a los intereses nacionales o pongan en peligro el marco de convivencia constitucional (1).

En el ámbito de la UE, aunque la defensa y la seguridad nacional siguen siendo responsabilidades exclusivas de cada Estado miembro, en un mundo globalizado, es imprescindible la formación progresiva de un mercado europeo de equipos de defensa, con vistas a reforzar la base industrial y tecnológica y el desarrollo de capacidades militares necesarias en la ejecución de la Política Europea de Seguridad y Defensa de la Unión (PCSD).

(1) *La Estrategia Española de Seguridad de 2013 reconoce el valor de la seguridad y la defensa y el de la base industrial y tecnológica que las posibilitan para la protección de las libertades de los ciudadanos. Que dependen de la existencia de una base industrial y tecnológica en España que atienda las necesidades de seguridad y defensa. Sin una base industrial razonable, la sociedad española pasaría en pocos años de la interdependencia actual a una situación de dependencia estratégica y económica en sectores críticos para el funcionamiento normal de la sociedad. Por su carácter estratégico la seguridad y la defensa deberían de dejar de considerarse como sectores especiales y aparte de la economía nacional, otorgándoles un valor de servicio público añadido al de su interés económico (Estrategia Española de Seguridad. Un proyecto compartido, Departamento de Seguridad Nacional, Presidencia del Gobierno, mayo 2013).*

Hasta 2009 la contratación pública en el sector de la defensa estuvo huérfana de una legislación europea específica, básicamente porque la gran mayoría de las contrataciones que el sector venía celebrando se ejecutaban dentro de las fronteras nacionales, quedando un raquítico porcentaje —que no llegaba al 15%— abierto a las licitaciones públicas europeas. Este obstáculo ha sido difícil de vencer por parte de las autoridades europeas, que han ideado numerosos instrumentos con el fin de conseguir un mercado europeo de la defensa ajustado a los principios de competencia leal que rigen para el resto de los sectores en Europa.

La consecución de un mercado europeo de la defensa pasa por tener una industria europea altamente competitiva basada en la innovación y la tecnología, capaz de generar sinergias a través de una mayor cooperación transfronteriza, siendo imprescindible avanzar en investigación para garantizar nuestra independencia y asegurar las adquisiciones y los suministros. No cabe duda que este mercado europeo proporcionará mayor transparencia en las transacciones económicas, y evitará las duplicidades que tantas distorsiones generan en este sector. El éxito de las misiones de paz y seguridad de la PCSD depende en buena medida de dos factores claves: la capacidad de respuesta inmediata, y una mayor integración para la reducción de procesos y costes.

Para reforzar la defensa europea, innovar desde el punto de vista tecnológico y lograr economías de escala, la Unión Europea debe contar con un mercado común de la contratación pública con miras a conseguir una industria europea de la defensa moderna, integrada y competitiva. Para ello es necesario aplicar plenamente las normas del mercado interior y promover una mayor cooperación transfronteriza con el objetivo de contrarrestar la fragmentación del sector, que provoca duplicación de programas de equipos de seguridad y defensa y falta de transparencia en cuanto a las relaciones entre las Administraciones nacionales de defensa y la industria de la defensa.

II. SINGULARIDADES PROPIAS DEL SECTOR DE LA DEFENSA

La creación de este mercado europeo exige el establecimiento de un marco legislativo adecuado, que, en el ámbito de los contratos del sector público, requiere una coordinación de los procedimientos de adjudicación que respete los imperativos de seguridad de los Estados miembros y las obligaciones derivadas del Tratado. Los equipos de defensa y seguridad son vitales tanto desde la óptica de la seguridad y la soberanía de los Estados miembros como de cara a la autonomía de la Unión. Y las adquisiciones de obras, bienes y servicios en el sector de la defensa tienen, con frecuencia, un carácter muy sensible.

Y este carácter sensible incluso delicado del sector obliga a respetar determinadas exigencias específicas en materia de seguridad del abasteci-

miento y de seguridad de la información. Estas exigencias se refieren sobre todo a las compras de armas, municiones y material de guerra (así como a los servicios y obras directamente vinculados) destinados a las fuerzas armadas, pero también a ciertas adquisiciones particularmente sensibles en el ámbito de la seguridad no militar. En estos ámbitos es de especial utilidad un régimen relativo a la seguridad de la información, que incluya el reconocimiento mutuo de las habilitaciones nacionales de seguridad y permita el intercambio de información clasificada entre las entidades y poderes adjudicadores y las empresas europeas. Al mismo tiempo, los Estados miembros deben adoptar medidas concretas para mejorar la seguridad del suministro entre sí, con miras a la creación progresiva de un sistema de garantías adecuadas.

Los contratos en materia de defensa contienen, con frecuencia, información clasificada, que, con arreglo a las disposiciones legales debe protegerse, por motivos de seguridad, contra todo acceso no autorizado. En el ámbito militar, los Estados miembros disponen de sistemas de clasificación de esa información con fines militares. Por el contrario, en el ámbito de la seguridad no militar, la situación es dispar al tener que proteger otro tipo de información. Por lo que era aconsejable recurrir a un modelo que tome en consideración la diversidad de prácticas de los Estados miembros y permita abarcar los ámbitos militar y no militar (2).

Para preservar estos valores y bienes tan sensibles (seguridad y mantenimiento del abastecimiento y la seguridad de la información) la Unión Europea aprobó la Directiva 2009/81/CE, de 13 de julio de 2009, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de determinados contratos de obras, de suministro y de servicios, por las entidades o poderes adjudicadores en los ámbitos de la defensa y la seguridad ((en adelante Directiva 2009/81/CE), que tiene en cuenta las necesidades de la entidad o poder adjudicador a lo largo de todo el ciclo de vida de los productos, objeto de su ámbito de aplicación.

La adjudicación de contratos en los ámbitos de la defensa y de la seguridad por importes superiores a una determinada cantidad, como todas las adjudicaciones de contratos del sector público en el ámbito de la Unión Europea está supeditada al acatamiento de los principios del Tratado, en particular, los principios de libre circulación de mercancías, libertad de establecimiento

(2) En cualquier circunstancia, la adjudicación de contratos en tales ámbitos no debe, llegado el caso, menoscabar las obligaciones que se derivan de la Decisión 2001/844/CE, CECA, Euratom de la Comisión, de 29 de noviembre de 2001, por la que se modifica su Reglamento interno. Cuando se trate de contratos públicos que supongan el uso de información clasificada o requieran el acceso a la misma, deberá tenerse en cuenta lo establecido en las disposiciones reglamentarias que dicte la Autoridad Nacional de Seguridad para la protección de la información clasificada originada por las partes del Tratado del Atlántico Norte, por la Unión Europea, y por la Unión Europea Occidental.

y libre prestación de servicios, así como de los principios que de estas libertades se derivan, como el principio de igualdad de trato y no discriminación, reconocimiento mutuo, proporcionalidad y transparencia. De forma que se garanticen sus efectos y una apertura a la competencia de la contratación. Por consiguiente, las disposiciones de coordinación de las directivas europeas sobre contratación pública (3) deben interpretarse con arreglo a las normas y principios antes mencionados y a las demás normas del Tratado.

No obstante, los artículos 36, 51, 52, 66 y 346 del TFUE prevén excepciones específicas a la aplicación de los citados principios, y, en consecuencia, a la aplicación del Derecho derivado que los recoge. De lo anterior se desprende que ninguna disposición de la Directiva 2009/81/CE debe impedir que se impongan o apliquen las medidas que resulten necesarias para salvaguardar los intereses cuya legitimidad esté reconocida por las citadas disposiciones del Tratado. Esto significa, en particular, que la adjudicación de los contratos que entren dentro del ámbito de la defensa puede quedar exenta de la aplicación de la Directiva 2009/81/UE si ello se justifica por razones de seguridad pública o que sean necesarias para la protección de los intereses esenciales nacionales de un Estado miembro.

Ese puede ser el caso de los contratos que requieran unos requisitos en materia de seguridad del abastecimiento de un grado de exigencia tal o que sean tan confidenciales o importantes para la soberanía nacional que incluso las disposiciones específicas de la Directiva 2009/81/UE no sean suficientes para salvaguardar los intereses esenciales de seguridad de los Estados miembros, a quien compete de forma exclusiva su definición. No obstante, de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), conviene interpretar la posibilidad de recurrir a dichas excepciones de forma que sus efectos no vayan más allá de lo estrictamente necesario para la protección de los intereses legítimos que los referidos artículos del Tratado permiten salvaguardar (4)

(3) Nos referimos a la Directiva 2009/81/CE, a la Directiva 2004/17/CE, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales; y a la Directiva 2004/18/CE, de 31 de marzo, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios. Estas dos últimas Directivas estarán en vigor hasta el 18 de abril de 2016. También a la Directiva 2014/23/UE, de 26 de febrero, relativa a la adjudicación de los contratos de concesión; la Directiva 2014/25/UE, de 26 de febrero, de contratación pública, y la Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales.

(4) Por ello la inaplicación de la Directiva 2009/81/UE debe, a un tiempo, ser proporcional a los objetivos perseguidos y constituir el medio que menos obstaculice la libre circulación de mercancías y la libre prestación de servicios.

III. NORMATIVA A APLICAR A LOS CONTRATOS CELEBRADOS ENTRE EL GOBIERNO ESPAÑOL Y UN GOBIERNO EXTRANJERO PARA LA GESTIÓN DE PROGRAMAS DE MATERIAL DE DEFENSA CON DESTINO A LA EXPORTACIÓN

La disposición adicional vigésima primera del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la ley de contratos del sector público (en adelante TRLCSP), establece que la preparación, selección y adjudicación, así como la subcontratación de los contratos incluidos en los ámbitos de la defensa y de la seguridad se registrarán preferentemente por la Ley 24/2011, de 1 de agosto, de contratos del sector público en los ámbitos de la defensa y de la seguridad (en adelante LCSPDyS) (5), y supletoriamente por el TRLCSP.

Esta regulación especial incluida en la LCSPDyS no disciplina la totalidad de la vida de los contratos públicos incluidos en su ámbito de aplicación como hace el vigente TRLCSP, se circunscribe a transponer la Directiva 2009/81/CE y a recoger la regulación relativa a la preparación y a los procedimientos de adjudicación de cierto tipo de contratos públicos (obras, suministros, servicios y colaboración público-privada), así como a regular cuestiones puntuales de determinados aspectos considerados de vital importancia en los sectores de la defensa nacional y de la seguridad pública, como son, fundamentalmente, la seguridad de la información y del suministro en la ejecución de los contratos, la revisión de los actos en los procedimientos de adjudicación, y la subcontratación de la ejecución de los contratos. Para ello establece como principio general la aplicación del TRLCSP en todo lo no regulado de forma expresa por la LCSPDyS, con lo cual, lejos de establecer un régimen de ruptura con la normativa que rige con carácter general la contratación del sector público, pretende enlazar directamente con ella y, de esta forma, extender la vigencia

(5) Dos son las ideas básicas que sirven de guía a la LCSPDyS. La primera, la incorporación al ordenamiento jurídico español de la Directiva 2009/81/UE, y una segunda, el reconocimiento de que en los contratos relativos a la defensa y la seguridad cobra especial relevancia, de una parte, la seguridad en la información que se transmite a los licitadores y la garantía en la continuidad del suministro y, de otra, la necesidad de establecer ciertas normas que faciliten la flexibilidad en los procedimientos de contratación. Para garantizar tanto la seguridad de la información como la del suministro, la LCSPDyS incluye una extensa regulación en los artículos 21 y 22, y sobre la forma en que deben gestionarla los diferentes órganos de contratación, la disposición adicional quinta les permite establecer determinadas exigencias respecto de ambas cuestiones en la documentación contractual. La necesaria flexibilidad de los procedimientos de contratación, ha tenido su plasmación en la elevación del procedimiento negociado con publicidad del anuncio de licitación a la categoría de procedimiento ordinario, al que pueden recurrir los órganos de contratación sin necesidad de justificación previa, así como en el incremento del plazo de vigencia de los acuerdos marco.

de los principios contractuales que la inspiran al ámbito de la defensa y la seguridad.

La LCSPDyS se aplica a la preparación y adjudicación de los contratos de obras, suministro, servicios y al contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado cuando su objeto sea alguno de los indicados en el art. 2 del citado texto legal (6), se celebren en el ámbito de la defensa o la seguridad pública, y sean adjudicados por entes que tengan la consideración de poderes adjudicadores, en los términos previstos por el art. 3 de la LCSPDyS.

No obstante, aprovechando las posibilidades que le permite la Directiva 81/2009, la LCSPDyS enumera una serie de negocios jurídicos excluidos de su ámbito de aplicación por razones de seguridad nacional (art. 7), protección de los intereses de seguridad de la información (art. 21), y de seguridad del suministro (art. 22), reservando a operadores nacionales la contratación (7). Entre los negocios jurídicos excluidos de su ámbito de aplicación el apartado g) del artículo 7.1 de la LCSPDyS recoge los contratos a celebrar entre el Gobierno de España y otro Gobierno extranjero que tengan por objeto alguna de las prestaciones que se indican a continuación:

- 1º) El suministro de equipo militar o equipo sensible,
- 2º) Los trabajos y servicios ligados directamente a tales equipos,
- 3º) Los trabajos y servicios con fines específicamente militares, o las obras y los servicios sensibles

(6) Especifica el artículo 2 de la LCSPDyS el ámbito objetivo de aplicación: suministro de equipos militares, incluidas las piezas, componentes y subunidades de los mismos; suministro de armas y municiones destinadas al uso de las Fuerzas, Cuerpos y Autoridades con competencias en seguridad; suministro de equipos sensibles, incluidas las piezas, componentes y subunidades de los mismos; obras, suministros y servicios directamente relacionados con los equipos, armas y municiones mencionados anteriormente; y las obras y servicios con fines específicamente militares u obras y servicios sensibles

(7) También excluye la LCSPDyS de su ámbito de aplicación los contratos gestionados por organizaciones internacionales (OCCAR, OTAN, UE, AED) cuando se desarrollen en el escenario de misiones internacionales; los acuerdos internacionales entre Estados miembros y terceros países; los contratos estipulados por los servicios de inteligencia para todo tipo de actividades de inteligencia, incluidas las actividades de contrainteligencia, y todos los demás negocios jurídico que especifica el artículo 7 LCSPDyS. Por lo tanto, la transposición de la Directiva deja bastante libertad de acción para proteger los intereses y las capacidades del sector industrial de seguridad y defensa, siempre que la futura estrategia industrial del SISD los identifique como tales. Véase la Resolución 420/38100/2015, de 30 de julio, de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Defensa, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 29 de mayo de 2015, que determina las capacidades industriales y áreas de conocimiento que afectan a los intereses esenciales de la Defensa y la Seguridad Nacional (BOE. de 6 agosto de 2015).

Los motivos de la exclusión de la LCSPDyS de los contratos de Gobierno a Gobierno parecía responder primordialmente al interés mostrado por determinados Estados miembros, sobre todo de aquellos que disponen de sólidas industrias nacionales de defensa o de políticas exteriores de exportación de armamento y material de defensa bien definidas, que consideraban conveniente disponer de total flexibilidad en este ámbito y no verse constreñidos ni limitados por normas de obligado cumplimiento en materia de contratación, en especial, no verse obligados a adjudicar los contratos de acuerdo con los procedimientos de adjudicación establecidos en la Directiva 2009/81/CE. La exclusión de este tipo de negocios jurídicos del ámbito de aplicación de la LCSPDyS, y por tanto, del TRLCSP, permitía al Estado disponer de un enorme margen de maniobra a la hora de abordar su regulación.

Finalmente, el Gobierno de España decidió disciplinar los contratos entre Gobiernos siguiendo una opción regulatoria en línea con las recomendaciones proporcionadas por la Comisión Europea en relación con la transposición de la Directiva 2009/81/CE por los Estados miembros, y esta regulación ha quedado establecida en la Ley 12/2012, de 26 de diciembre, de medidas urgentes de liberalización del comercio y de determinados servicios (en adelante Ley 12/2012), que en el título II, artículos 6 a 15, contempla un mecanismo de *apoyo a la exportación de material de defensa por el Ministerio de Defensa*, que, en realidad, se trata de la regulación de los denominados contratos Gobierno a Gobierno en el sector de la defensa (8). Dicho mecanismo establece las bases para que el Gobierno de España, mediante un contrato con otro Gobierno extranjero, previsto en el artículo 7.1.g) de la LCSPDyS, pueda realizar las actuaciones de contratación en nombre y representación de dicho Gobierno extranjero, junto a la supervisión, apoyo logístico y transferencia de tecnología necesarias para la entrega al mismo de un determinado material de defensa, en los términos que se contienen en el artículo 8 de la citada Ley (9).

(8) Según la exposición de motivos de la Ley 12/2012 se trata de un mecanismo de apoyo a la exportación, cuyo principal objetivo es suplir «la inexistencia de mecanismos que permitieran una participación más activa del Ministerio de Defensa en la gestión de programas destinados a la exportación, inexistencia que ha supuesto una desventaja competitiva para nuestra base industrial y tecnológica, la cual se ha visto obligada a competir en el mercado internacional en desigualdad de condiciones contra ofertas procedentes de bases industriales extranjeras que gozaban de un respaldo mucho más proactivo y eficaz ofrecido por sus Gobiernos de origen».

(9) El artículo 8 señala que en cumplimiento de los términos establecidos en un contrato celebrado entre el Gobierno de España y un Gobierno extranjero, el Ministerio de Defensa podrá llevar a cabo las siguientes actuaciones:

a) Contratar, de acuerdo con lo previsto en el TRLCSP, en nombre y representación de un Gobierno extranjero el suministro del material de defensa que se solicite por el Gobierno extranjero, así como supervisar la ejecución y el cumplimiento del contrato y recibir el objeto de suministro.

La exportación de armamento y material de defensa constituye uno de los sectores más dinámicos de la economía internacional. Por lo que el mecanismo de contratación Gobierno a Gobierno persigue dotar al Gobierno español de un instrumento eficaz, duradero, flexible y adaptable a las necesidades de la demanda internacional, para gestionar programas de material de defensa con destino a la exportación. Este mecanismo de contratación de Gobierno a Gobierno en materia de defensa constituye una medida que había sido reclamada de forma insistente por este sector, y suple una importante carencia que situaba a España (y a sus empresas) en una posición de clara desventaja competitiva internacional en relación con los competidores de otros Estados.

Las concisas disposiciones del título II de la Ley 12/2012 (artículos 6 a 15) han sido desarrolladas por el Real Decreto 33/2014, de 24 de enero, que regula en nueve artículos determinados aspectos del mecanismo de contratación Gobierno a Gobierno, como son las relativas al contenido del contrato celebrado entre el Gobierno español y el Gobierno extranjero; y las cuestiones relacionadas con los contratos celebrados entre el Ministerio de Defensa y las empresas españolas del sector de la defensa para dar cumplimiento al mandato o encargo del contrato celebrado entre el Gobierno español y el Gobierno extranjero.

La disposición final tercera del Real Decreto 33/2014, de 24 de enero, facultó al Ministro de Defensa, en el ámbito de su competencia, para dictar normas de desarrollo y aplicación de dicho Real Decreto, y este desarrollo ha sido llevado a cabo mediante la Orden Ministerial DEF/503/2015, de 16 de marzo, por la que se dictan normas para la aplicación del Real Decreto 33/2014, de 24 de enero, que desarrolla a la vez al Título II de la Ley 12/2012, de 26 de diciembre, de medidas urgentes de liberalización del comercio y de determinados servicios.

b) Supervisar el cumplimiento en tiempo y forma de otros contratos de suministro de material de defensa celebrados entre Gobiernos extranjeros y una empresa con domicilio en territorio español.

c) Planear y administrar programas de obtención de material de defensa en favor de Gobiernos extranjeros.

d) Transmitir el conocimiento operativo y tecnológico sobre material de defensa a Gobiernos extranjeros, así como contratar su transmisión.

e) Prestar servicios de adiestramiento técnico y operativo u otros servicios necesarios para la ejecución de un programa de material de defensa y contratar su prestación.

f) Llevar a cabo actividades de aseguramiento de la calidad.

g) Cualesquiera otras actividades complementarias a las anteriores o necesarias para el buen fin de las mismas.

La realización de las actividades que impliquen actos de contratación por el Ministerio de Defensa por cuenta de un Gobierno extranjero, en ningún caso supondrá coste o beneficio económico para el Ministerio de Defensa. Y los contratos celebrados entre el Gobierno de España y otros Gobiernos de Estados miembros de la Unión Europea, se ajustarán a lo previsto en la normativa comunitaria.

La Ley 12/2012, de 26 de diciembre, no es, sin embargo, la única norma de rango legal relevante en la materia. También resulta de aplicación la Ley 53/2007, de 28 de diciembre, de control del comercio exterior del material de defensa y de doble uso, a la que remite el artículo 10 de la propia Ley 12/2012 para señalar que la realización por el Ministerio de Defensa de las funciones de apoyo a la exportación no alterará la condición de exportador del contratista, de lo que se deduce que las previsiones de la Ley 53/2007 se aplican a las exportaciones promovidas con arreglo a la Ley 12/2012 y a su normativa de desarrollo (10).

IV. CONTRATO CELEBRADO ENTRE EL GOBIERNO ESPAÑOL Y UN GOBIERNO EXTRANJERO RELATIVO AL SUMINISTRO DE MATERIAL DE DEFENSA

La puesta en marcha de los contratos celebrados por el Gobierno español y un Gobierno extranjero en relación a la gestión de programas de material de defensa con destino a la exportación, oscila sobre dos relaciones jurídicas; una horizontal, de Gobierno a Gobierno, entre el Gobierno extranjero solicitante y el Gobierno español, y una relación vertical, entre el Gobierno español (por medio del Ministerio de Defensa) y una o más empresas suministradoras españolas.

La relación horizontal que se instaura en los contratos celebrados entre el Gobierno español y un Gobierno extranjero en relación a la gestión de programas de material de defensa con destino a la exportación, se asienta sobre la celebración de un contrato tal como prevé el artículo 7.1 g) de la LCS-PDyS. En virtud de dicho contrato, el Gobierno extranjero solicita al Gobierno de España que realice todas las actividades de gestión precisas para que un determinado material o tecnología de defensa le sean transmitidos por un contratista español. El negocio jurídico inherente a dicho contrato, mandato (11), tiene las ventajas de que el bien suministrado no se integra en el patrimonio de las Administraciones públicas, no modifica la normativa vigente en materia

(10) El artículo 9.2 del RD 33/2014 dispone que será de aplicación el régimen de autorización y registro establecido en el capítulo II de la Ley 53/2007, de 28 de diciembre, y que sin perjuicio del previo registro, la autorización deberá solicitarse y obtenerse en el momento de procederse a la efectiva exportación en los términos objeto del contrato suscrito con el Ministerio de Defensa. Y la disposición adicional única establece que el RD se aplicará sin perjuicio de lo establecido en la Ley 53/2007, de 28 de diciembre, sobre el control del comercio exterior de material de defensa y de doble uso.

(11) El mandato como negocio jurídico es el contrato por el que una persona se obliga a realizar, por cuenta o encargo de otra, actos o servicios relativos a la gestión de uno o varios asuntos, con retribución o sin ella. Según el artículo 1.709 C.C. por el contrato de mandato se obliga a una persona a prestar algún servicio o hacer alguna cosa, por cuenta o encargo de otra.

de control del comercio exterior de material de defensa, y permite transmitir de manera directa entre los contratistas y el Gobierno extranjero las responsabilidades y riesgos derivados de los contratos (12).

La primera cuestión que suscita dicha relación contractual es la de precisar su naturaleza jurídica para poder aplicar de forma adecuada y correcta el régimen jurídico al que queda sometido el contrato. El elemento más importante de esta regulación específica es el contrato cuyos sujetos son el Gobierno de España y un Gobierno extranjero, y cuyo objeto es la realización por el Gobierno español de determinadas actuaciones de gestión tendentes a facilitar la adquisición por el otro Gobierno de material de defensa fabricado por empresas domiciliadas en España. La exposición de motivos de la Ley 12/2012, de 26 de diciembre, califica al contrato de «negocio jurídico de mandato» y su artículo 8.1 enumera las actuaciones de gestión que el Ministerio de Defensa español desarrollará en ejecución de un contrato de ese género, entre las que figuran las de contratar, en nombre y representación de un Gobierno extranjero el suministro del material de defensa que se solicite por dicho Gobierno, así como supervisar la ejecución y el cumplimiento del contrato con la empresa española y recibir el objeto de suministro.

Según hemos visto en el epígrafe anterior este tipo de contrato queda excluido tanto de la Directiva 2009/81/CE, como de la LCSPDyS. Y esta exclusión se debe a que el objeto y la causa del contrato no persiguen de forma directa la protección y garantía de la defensa y la seguridad nacional, sino que se trata de un mecanismo que pretende incentivar y apoyar la exportación de material de defensa a otros países.

El contrato de referencia, denominado «contrato entre Gobiernos», según especifica el Dictamen del Consejo de Estado 1411/2013, de 9 de enero, tiene obviamente una naturaleza especial que implica de forma indubitada a su específico régimen jurídico (13). Con carácter general los acuerdos suscritos

(12) En virtud del contrato de Gobierno a Gobierno, calificado en la exposición de motivos de la Ley 12/2012 como *mandato*, el Gobierno extranjero encomienda al Gobierno español la realización de las actividades de gestión precisas para que un determinado material o tecnología de defensa le sean transmitidos por un contratista español. El apoyo prestado por el Ministerio de Defensa será realizado *sin coste ni beneficio* previéndose tan solo la posibilidad de que la Administración se reembolse los costes en los que incurra para gestionar el encargo recibido del Gobierno extranjero.

(13) Una cierta confusión planeó sobre el expediente remitido al Consejo de Estado en este punto, originada por el informe de la Dirección General de Política de Defensa y la Memoria del análisis de impacto normativo. Por un lado, la Dirección General de Política de Defensa afirma que el «contrato entre Gobiernos» no es un verdadero contrato, tal y como se entiende este término en Derecho administrativo o en Derecho privado, y ello porque ninguna de las partes contratantes es un sujeto de Derecho interno. Sin embargo, el mismo centro directivo dice más adelante que nada impide que dos Estados suscriban acuerdos de contenido

por dos Estados o bien quedan sujetos al Derecho internacional al tratarse de tratados internacionales, o bien quedan sometidos al Derecho interno de uno de los Estados al tratarse de verdaderos contratos, o al Derecho de un tercer Estado. Para el Consejo de Estado el «contrato entre Gobiernos» regulado por la Ley 12/2012 y por el Real Decreto 33/2014 es un verdadero contrato, dado que es cuestión pacífica que no está sujeto al Derecho internacional. La Ley 12/2012 no tiene dudas sobre la naturaleza contractual especial del acuerdo adoptado por el Gobierno español y un Gobierno extranjero al que denomina «negocio jurídico de mandato».

¿Pero qué Derecho interno ha de regir ese contrato entre Estados? Evidentemente, esta es una decisión que ambas partes contratantes han de adoptar de común acuerdo y hacerla constar en el propio contrato. Podrá tratarse del Derecho interno de un tercer Estado (14), o quedar sujeto el contrato al Derecho interno de uno de los dos Estados contratantes, bien del Estado que adquiere el material de defensa, bien el que promueve su exportación por empresas domiciliadas en su territorio (15). Ello dependerá de los distintos supuestos que se planteen, y de los intereses en presencia. En el caso que nos ocupa será el Ministerio de Defensa el encargado de escoger, de acuerdo con el otro Gobierno, las reglas procesales y de fondo que hayan de aplicarse al contrato. Es decir, el Ministerio podrá pactar un foro u otro para la adecuada solución de las disputas, y lo mismo cabe decir respecto del ordenamiento jurídico que haya de regir las relaciones contractuales sustantivas entre los dos Gobiernos.

Cuando el Gobierno de España suscriba con un Gobierno extranjero uno de los contratos previstos en el Título II de la Ley 12/2012, la *lex contractus* será la única *lex inter partes*, que se interpretará y aplicará con arreglo al Derecho interno al que por voluntad de las partes haya quedado sujeto. Quiere ello decir que la Ley 12/2012 y el Real Decreto 33/2014 obligarán

contractual, sometidos a un Derecho interno, y que, por tanto, no son tratados internacionales. Véase el Informe del Consejo de Estado 1411/2013, de 9 de enero.

(14) El Consejo de Estado pone como ejemplo su dictamen nº 1.338/94, de 21 de julio, que recayó sobre el expediente de adquisición de once aviones Mirage F1-Eda (monoplazas) y dos aviones Mirage F1-Dda (biplazas) y material asociado. Tal adquisición había de tener lugar mediante un contrato entre España y Qatar, que sería «interpretado de acuerdo con las leyes federales de Suiza, excluyéndose sus disposiciones sobre conflicto de leyes». Las disputas en torno al contrato serían resueltas «en Lausanne (Suiza), con arreglo a las Normas de Conciliación y Arbitrio de la Cámara Internacional de Comercio por tres árbitros nombrados de acuerdo con dichas normas.

(15) Este último supuesto aparece, por ejemplo, en la sentencia de 10 de julio de 2008 del Tribunal federal del Distrito de Columbia (caso Heroth v. Saudi Arabia), en el que determinados contratos entre Estados Unidos y Arabia Saudita cuyo fin era la adquisición de material militar norteamericano por este segundo país se regían por el Derecho de los Estados Unidos en materia de contratación administrativa.

exclusivamente al Gobierno español, y, en particular, al Ministerio de Defensa, que, por parte española, es el encargado de negociar, celebrar y ejecutar el contrato. En cumplimiento de esa obligación, el Ministerio deberá asegurarse de que, cuando así proceda, los preceptos de la propia Ley 12/2012 y del Real Decreto 33/2014 han de ser respetados por las estipulaciones del contrato entre Gobiernos.

En cumplimiento de los términos establecidos en el contrato celebrado entre el Gobierno de España y otro Gobierno extranjero, el Ministerio de Defensa llevará a cabo las actuaciones de contratación en nombre y representación de dicho Gobierno extranjero, así como la supervisión, apoyo logístico y transferencia de tecnología necesarias para la entrega de un determinado material de defensa. Las responsabilidades asumidas por el Ministerio de Defensa en virtud de dicho contrato deberán estar suficientemente garantizadas por este último.

Las actuaciones preparatorias a la celebración del contratos entre Gobiernos serán responsabilidad de la Secretaría de Estado de Defensa, que realizará los contactos preliminares necesarios con el Gobierno extranjero conducentes a asegurar el éxito de las negociaciones para su firma y formalización (16). Posteriormente se llevará a cabo un análisis de la solicitud inicial del Gobierno extranjero, teniendo en cuenta los aspectos técnicos, financieros y de gestión de riesgos, evaluando la capacidad de la Administración pública española para hacer frente a los compromisos que puedan derivarse del contrato, así como la solvencia de las posibles empresas implicadas. En especial se valorará la existencia de acuerdos internacionales vigentes con dicho Gobierno extranjero y las relaciones de ambos países en los ámbitos de armamento y material.

Seguidamente se ordenará el inicio del expediente del contrato con el Gobierno extranjero que establecerá las bases para su firma y deberá contar con los informes preceptivos de la Asesoría Jurídica general de la Defensa y de la Intervención General de la Defensa. La Secretaría de Estado de Defensa definirá los requisitos del suministro y el servicio a ofrecer, proponiendo la solución operativa o funcional más adecuada a la necesidad planteada, y estimará los costes a incurrir por el Ministerio de Defensa que, en su caso, serán revisados para evitar que supongan coste o beneficio económico para dicho Departamento.

A continuación se elaborará un calendario de pagos del futuro contrato entre Gobiernos que deberá asegurar que, en todo momento, el saldo dis-

(16) La Subdirección General de Relaciones Internacionales de la Dirección General de Armamento será la encargada de impulsar el apoyo institucional a la internacionalización de la industria española de defensa, coordinar la promoción internacional de la enajenación de bienes muebles y productos de defensa y, en coordinación con la Dirección General de Política de Defensa, dirigir las actuaciones de los agregados y consejeros de defensa.

ponible en la cuenta de situación de fondos permita hacer frente: a) a las indemnizaciones de todo tipo a asumir, incluidos los costes asociados a una posible resolución del contrato por causas no imputables a las empresas y demás riesgos identificados; b) los pagos a realizar a las empresas suministradoras; c) el pago anticipado de los costes a incurrir por el Ministerio de Defensa.

Y se preparará el borrador del contrato entre Gobiernos, asegurando, en su caso, la conformidad y de todos los organismos del Ministerio de Defensa implicados en su posterior ejecución.

En virtud del contrato celebrado entre el Gobierno de España y un Gobierno extranjero, el Ministerio de Defensa podrá llevar a cabo las siguientes actuaciones:

- a) Contratar, de acuerdo con lo previsto en el artículo 11.1 de la Ley 12/2012, en nombre y representación de un Gobierno extranjero el suministro del material de defensa que se solicite por el Gobierno extranjero, así como supervisar la ejecución y el cumplimiento del contrato y recibir el objeto de suministro.
- b) Supervisar el cumplimiento en tiempo y forma de otros contratos de suministro de material de defensa celebrados entre Gobiernos extranjeros y una empresa con domicilio en territorio español.
- c) Planear y administrar programas de obtención de material de defensa en favor de Gobiernos extranjeros.
- d) Transmitir el conocimiento operativo y tecnológico sobre material de defensa a Gobiernos extranjeros, así como contratar su transmisión.
- e) Prestar servicios de adiestramiento técnico y operativo u otros servicios necesarios para la ejecución de un programa de material de defensa y contratar su prestación.
- f) Llevar a cabo actividades de aseguramiento de la calidad.
- g) Cualesquiera otras actividades complementarias a las anteriores o necesarias para el buen fin de las mismas.

La realización por el Ministerio de Defensa de las actividades descritas no alterará la condición de exportador del contratista. Y en ningún caso el material de defensa, cuyo suministro fuere contratado por el Ministerio de Defensa pasará a formar parte del patrimonio de las Administraciones públicas. La existencia de los fondos necesarios para financiar la adquisición de material de defensa por un Gobierno extranjero será condición necesaria para la ejecución de los correspondientes contratos con las empresas domiciliadas en territorio nacional.

Las actuaciones conducentes a celebrar los contratos entre Gobiernos, tal como hemos visto anteriormente, serán responsabilidad de la Secretaría de

Estado de Defensa. Los contratos serán suscritos por el Ministro de Defensa o por la persona en quien éste delegue, en representación del Gobierno de España. Si en el contrato entre Gobiernos se pacta la creación de una Comisión de Seguimiento, los miembros correspondientes a la parte gubernamental española se nombrarán por el Secretario de Estado de Defensa.

El contenido del contrato podrá recoger, entre otros, los siguientes extremos:

- a) Objeto del contrato entre Gobiernos. Prestaciones que se solicitan del Ministerio de Defensa.
- b) Foro judicial o arbitral competente para resolver las discrepancias entre las partes contratantes.
- c) Régimen jurídico al que quedará sometido el contrato.
- d) Financiación, garantías y calendario de situación de fondos.
- e) Medidas de control y seguimiento del contrato entre Gobiernos. Creación de una Comisión de Seguimiento y establecimiento de sus funciones.
- f) Vigencia del contrato.
- g) Causas de resolución del contrato.
- h) Creación de un Programa de Armamento y Material, en su caso.
- i) Creación de Oficina de Programa, si procede, su funcionamiento y liquidación.
- j) Creación de una Oficina de Apoyo a lo suministrado al país cliente, si procede, su funcionamiento y liquidación
- k) Reembolso de gastos ocasionados al Ministerio de Defensa.
- l) Aspectos financieros y tributarios, de conformidad con la normativa vigente.
- m) Todas las condiciones sobre los transportes.
- n) Modificaciones del contrato.
- o) Propiedad intelectual.
- p) Aportaciones de los Gobiernos.
- q) Aspectos de seguridad aplicables.

En todo caso el contrato deberá recoger necesariamente como contenido mínimo las disposiciones previstas en las letras a), b), c) y d). Y el Gobierno de España podrá hacer constar que se reserva la facultad de resolución total o parcial del contrato entre Gobiernos por razones de interés público.

Además de dichos extremos el contrato entre Gobiernos podrá incluir el estatuto del personal intercambiado entre ambos gobiernos, y el régimen de responsabilidades. En todo caso el clausulado del contrato deberá recoger el reembolso de gastos ocasionados al Ministerio de Defensa y las causas de resolución del contrato.

Las garantías a prestar por el Gobierno extranjero se realizarán por los siguientes medios: a) depósito inicial; b) aval bancario; c) seguro de caución. Se utilizará preferentemente el pago de un depósito inicial que cubra los riesgos potenciales de incumplimiento total o parcial del contrato y todas las obligaciones que se deriven del mismo. Este depósito inicial podrá reducirse a lo largo de la vida del contrato en función de cómo disminuyan las obligaciones asumidas por el Gobierno extranjero en el mismo

Para cada contrato entre Gobiernos se abrirá una cuenta que se utilizará exclusivamente para el contrato de que se trate. Este mismo régimen se aplicará a cualquier otra cuenta cuya apertura resulte necesaria para la ejecución del contrato. La cuenta será abierta en la entidad financiera contratada según lo previsto en la normativa sobre contratos del sector público mediante procedimiento negociado con un mínimo de tres ofertas y sin necesidad de exigir prestación de garantía definitiva. Realizada la adjudicación y formalizado el contrato de la cuenta de situación de fondos destinada a financiar la adquisición de material de defensa por un Gobierno extranjero, se comunicarán tales extremos al Gobierno extranjero con expresión de la fecha a partir de la cual comience la ejecución del mismo, a fin de que pueda empezar a cumplir el calendario pactado (17). Los contratos contendrán necesariamente una cláusula de exclusión de la facultad de compensación con otros fondos depositados por el Gobierno extranjero en la misma entidad de crédito.

Las actividades que impliquen actos de contratación por el Ministerio de Defensa por cuenta de un Gobierno extranjero, en ningún caso supondrán coste o beneficio económico para el Ministerio de Defensa. Y cuando exijan la celebración de contratos entre el Gobierno de España y otros Gobiernos de Estados miembros de la Unión Europea, se ajustarán a lo previsto en la normativa comunitaria. En ningún caso el material de defensa, cuyo suministro fuere contratado por el Ministerio de Defensa, pasará a formar parte del patrimonio de las Administraciones públicas. Y a los efectos de la Ley 53/2007, de 28 de diciembre, sobre el control del comercio exterior de material de defensa, la realización por el Ministerio de Defensa de las actividades relativas a la gestión de programas de material de defensa con destino a la exportación, no alterará la condición de exportador del contratista.

La Intervención General de la Defensa llevará a cabo el control de la gestión económico-financiera mediante la aplicación analógica de lo previsto en la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, sobre la

(17) El Ministerio de Defensa podrá suscribir convenios con las entidades de crédito, tendentes a determinar el régimen de funcionamiento de las cuentas abiertas en que se encuentren situados los fondos de Gobiernos extranjeros y, en especial, el tipo de interés al que serán retribuidas, las comisiones a pagar, en su caso, los medios de pago asociados a las mismas y las obligaciones de información asumidas por las entidades de crédito.

administración de las cantidades situadas en las cuentas de situación de fondos y en todo aquello que corresponda respecto de la contratación con empresas españolas del sector de la defensa.

Los contratos entre Gobiernos finalizarán por alguna de las siguientes causas:

a) Por su cumplimiento, que dará lugar a la liquidación final del contrato y al cierre de las cuentas abiertas. La Subdirección General de Contabilidad determinará el importe de los costes incurridos por el Ministerio de Defensa que junto con el precio del contrato con las empresas constituirá el precio final. Una vez resarcido el Gobierno de España y las empresas de los gastos y costes incurridos, se realizará el cierre definitivo de las cuentas de situación de fondos que haya abierto el Ministerio de Defensa o dará su conformidad al cierre de aquéllas abiertas por el Gobierno extranjero.

b) Por acuerdo entre las partes, en cuyo caso se estará a lo establecido en el contrato entre Gobiernos.

c) Por incumplimiento de alguna de las dos partes, en cuyo caso se estará a lo establecido en el contrato entre Gobiernos. En este contrato se podrá hacer constar que el Gobierno de España se reserva la facultad de resolución total o parcial por razones de interés público. En el documento contractual se definirán las causas de interés público y los efectos de la resolución del contrato

d) Por resolución del contrato con las empresas españolas, cuyos efectos serán los establecidos en el contrato entre Gobiernos.

Si en el contrato entre Gobiernos se pacta la creación de una Comisión de Seguimiento, los miembros correspondientes a la parte gubernamental española se nombrarán por el Secretario de Estado de Defensa. La composición, funciones, régimen de funcionamiento y de toma de decisiones será la que se establezca en el contrato entre Gobiernos. En todo caso, por parte del Ministerio de Defensa, se constituirá una Comisión de seguimiento del contrato (18).

Si del contrato se deriva la creación de un programa de armamento y material, éste se regirá por la normativa aplicable a los programas nacionales, con la salvedad de que el material cuyo suministro fuere contratado no pasará a formar parte del patrimonio de las Administraciones públicas. La creación de una Oficina de Programa o de una Oficina de Apoyo a lo suministrado al país

(18) De la que formarán parte: a) El Director General de Armamento y Material; b) El Director General de Asuntos Económicos; c) El Jefe del Estado Mayor Conjunto y el Jefe de Programas del Estado Mayor de la Defensa, cuando el contrato prevea la creación de un Programa que afecte al Estado Mayor de la Defensa; d) El Segundo Jefe del Estado Mayor y el Jefe del Mando o Jefatura de Apoyo Logístico respectivo cuando el contrato prevea la creación de un Programa que afecte a los Ejércitos; e) En su caso, el jefe de la Oficina de Programa.

Atendiendo a las circunstancias concurrentes, el Secretario de Estado de Defensa podrá decidir formar parte tanto de la representación española como de la comisión del Departamento

cliente sólo podrá acordarse bajo la condición de que el Gobierno extranjero corra con todos los gastos de las oficinas que se creen. La Oficina de Programa se establecerá a semejanza de las que reglamentariamente se regulan para los programas de armamento y material del Ministerio de Defensa. El Gobierno extranjero podrá crear una oficina de enlace en conexión permanente con la Oficina de Programa, correspondiéndole la comprobación de los hitos contractuales y su comunicación al órgano de contratación correspondiente, para su aprobación y pago en su caso.

IV. CONTRATO SUSCRITO POR EL MINISTERIO DE DEFENSA Y LAS EMPRESAS SUMINISTRADORAS DE MATERIAL DE DEFENSA PARA DAR CUMPLIMIENTO AL CONTRATOS CELEBRADO ENTRE GOBIERNOS

Las relaciones verticales desarrolladas mediante las actividades que, en virtud del encargo del Gobierno extranjero al Gobierno español, realizará el Ministerio de Defensa en el tráfico jurídico interno se llevarán a cabo aplicando los mecanismos vigentes de contratación administrativa del sector público, así como el régimen de control de la gestión económico-financiera y el régimen sancionador previstos en la normativa presupuestaria. En todo lo no previsto en el Título II de la Ley 12/2012, la celebración, ejecución y resolución de los contratos para la ejecución de las actuaciones a cargo del Ministerio de Defensa se regirán por el TRLCSP.

Puede sorprender que el contrato celebrado por el Ministerio de Defensa y la empresa suministradora haya quedado sujeto al TRLCSP y no a la LCSPDyS, como consecuencia de la flexibilidad procedimental que esta última norma aporta. Pero si analizamos la causa, el objeto y la finalidad de los contratos sujetos a la LCSPDyS (seguridad nacional, protección de los intereses de seguridad de la información y de la seguridad del suministro) y los objetivos que persigue la regulación del título II de la Ley 12/2012 (apoyo a la exportación de material de defensa por el Ministerio) nos daremos cuenta que son finalidades completamente distintas.

La Intervención General de la Defensa llevará a cabo el control de la gestión económico-financiera mediante la aplicación de lo previsto en la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, sobre la administración de las cantidades situadas en las cuentas de situación de fondos y en todo aquello que corresponda respecto de la contratación con empresas españolas del sector de la defensa.

Por tanto, el conjunto de actividades internas que desplegará el Ministerio de Defensa, en nombre y representación del Gobierno extranjero, se desarrollarán aplicando las disposiciones del TRLCSP. Esta solución, conforme a la letra

y al espíritu de la normativa europea y española en materia de contratación pública, obliga al Gobierno de España a tramitar los expedientes contractuales mediante los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos previstos legalmente (procedimiento abierto, restringido o negociado con o sin publicidad previa). No obstante, dichos contratos podrán encontrar encaje en alguno de los supuestos de aplicación del procedimiento negociado que contempla el artículo 170 del TRLCSP, en particular cuando su ejecución deba ir acompañada de medidas de seguridad especiales conforme a la legislación vigente, o cuando lo exija la protección de los intereses esenciales de la seguridad del Estado y así se haya declarado de conformidad con lo previsto en el artículo 13.2.d) del TRLCSP. La declaración de que concurre esta última circunstancia deberá hacerse, de forma expresa en cada caso, por el titular del Departamento ministerial del que dependa el órgano de contratación en el ámbito de la Administración General del Estado. La competencia para efectuar esta declaración no será susceptible de delegación, salvo que una ley expresamente lo autorice.

También contempla el artículo 170 del TRLCSP la posibilidad de que el contrato sea adjudicado por procedimiento negociado cuando se trate de contratos incluidos en el ámbito del artículo 346 del TFUE, que faculta a los Estados miembros para adoptar las medidas que estimen necesarias para la protección de los intereses esenciales de su seguridad y que se refieran a la producción o al comercio de armas, municiones y material de guerra. No obstante, estas medidas no deberán alterar las condiciones de competencia en el mercado interior respecto de los productos que no estén destinados a fines específicamente militares

Los gastos ocasionados al Ministerio de Defensa durante la ejecución de estos contratos, previa su aceptación por el Gobierno extranjero en los términos previstos en el contrato, serán cargados en la cuenta de situación de fondos e ingresados en el Tesoro Público. Atendiendo a que la contratación no se realiza con cargo a fondos públicos, se prevé la apertura de cuentas de situación de fondos del Gobierno extranjero de las que únicamente el Gobierno español está habilitado para extraer los mismos. Simultáneamente, se articulan disposiciones especiales para regular todas aquellas ocasiones en las que la normativa general de contratación del sector público contempla un flujo de fondos entre una Administración pública y un contratista, de modo que los flujos de fondos que operan en esta relación no se vinculen con la Hacienda Pública, sino con la cuenta de situación de fondos en la que se depositan las cantidades adelantadas por el Gobierno extranjero para costear los gastos del contrato (19).

(19) Siguiendo el ejemplo del derecho comparado, la normativa de este tipo de contratos prevé el reembolso de los costes en los que incurra el Ministerio de Defensa con cargo a la cuenta de situación de fondos del programa que se gestione con destino a la exportación, de tal modo que el apoyo prestado se realice sin coste ni beneficio para el Ministerio de Defensa.

Los contratos suscritos por el Ministerio de Defensa con las empresas suministradoras del sector de la defensa, consecuencia de un contrato entre Gobiernos, aunque quedan sometidos al TRLCSP, la Ley 12/2012, el Real Decreto 33/2014 y la Orden Ministerial DEF/503/2015 contemplan en su tramitación las siguientes singularidades:

— Serán suscritos por el Subdirector General de Adquisiciones de Armamento y Material del Ministerio de Defensa (20) y se celebrarán en nombre y representación, y por cuenta y riesgo del Gobierno extranjero.

— La transferencia de propiedad del material suministrado se realizará directamente desde el contratista al Gobierno extranjero.

— Al expediente contractual se incorporará el documento que acredite la disponibilidad de los fondos necesarios para la adquisición de un compromiso de gasto, emitido por la entidad de crédito en que esté situada la cuenta de situación de fondos.

— Las garantías financieras a prestar en los contratos celebrados con el Ministerio de Defensa, serán depositadas en la misma entidad de crédito en la que se hubiere abierto la cuenta de situación de fondos. La responsabilidad en la gestión de dichas garantías corresponderá, en todo caso y con carácter exclusivo, al Ministerio de Defensa.

— En caso de que la garantía se preste mediante aval, el mismo deberá constituirse con carácter solidario y con renuncia al beneficio de excusión. En caso de que la garantía se constituya mediante contrato de seguro de caución, serán de aplicación las siguientes normas:

- a) El Gobierno extranjero deberá tener la condición de asegurado.
- b) En caso de incumplimiento del tomador del seguro, la indemnización que se derive del contrato de seguro de caución deberá ser ingresada en la cuenta a la que hace referencia el artículo 12 de esta Ley.
- c) El contrato deberá celebrarse con entidades aseguradoras habilitadas para operar en España en el ramo de seguro de caución.

— La imposición de penalidades al contratista en caso de demora, se hará efectiva mediante la deducción de las cantidades que, en concepto de pago total o parcial, deban abonarse al contratista o sobre la garantía que, en su caso, se hubiere constituido, cuando no puedan deducirse de las retenciones practicadas sobre la cuenta de situación de fondos del Gobierno extranjero.

(20) Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 8 del Real Decreto 33/2014, de 24 de enero, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 3.3.c) de la Orden DEF/244/2014, de 10 de febrero, por la que se delegan facultades en materia de contratos, acuerdos técnicos y otros negocios jurídicos onerosos en el ámbito del Ministerio de Defensa

— En los casos en los que, conforme al ordenamiento jurídico español, en el ejercicio de las actuaciones contractuales, el Ministerio de Defensa sea responsable de daños y perjuicios ocasionados por el contratista a terceros como consecuencia inmediata y directa de una orden dada o como consecuencia de los vicios del proyecto elaborado por dicho Ministerio para el suministro de fabricación, las indemnizaciones por daños y perjuicios se ejecutarán contra la cuenta de situación de fondos del Gobierno extranjero.

— En caso de que el Ministerio de Defensa, actuando en virtud de la representación asumida, demorese el abono del precio por realización total o parcial de un contrato, los intereses por tal demora y la indemnización por costes de cobro se ejecutarán contra la cuenta de situación de fondos del Gobierno extranjero.

— En caso de suspensión del contrato a instancia del Gobierno extranjero, se abonarán al contratista los daños y perjuicios efectivamente sufridos con cargo a la cuenta de situación de fondos del Gobierno extranjero.

— En caso de extinción del contrato por cumplimiento, si se produjera demora en el pago del saldo de liquidación, el contratista tendrá derecho a percibir los intereses de demora y la indemnización por los costes de cobro con cargo a la cuenta de situación de fondos del Gobierno extranjero.

— El Ministerio de Defensa, en los términos pactados en el contrato entre Gobiernos, se reservará la facultad de resolver los contratos con las empresas con domicilio en territorio nacional por razones de interés público, con la indemnización que en su caso pudiera corresponder de acuerdo con lo estipulado en los mismos. En caso de resolución del contrato por imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados, o la posibilidad cierta de producción de una lesión grave al interés público de continuarse ejecutando la prestación en esos términos, cuando no sea posible modificar el contrato conforme a lo dispuesto en los artículos 105 a 108 del TRLCSP, los intereses de demora e indemnizaciones que correspondan se ejecutarán contra la cuenta de situación de fondos del Gobierno extranjero.

— A los efectos de la Ley 53/2007, de 28 de diciembre, sobre el control del comercio exterior de material de defensa, la realización por el Ministerio de Defensa de las actividades contractuales descritas en el artículo 8.1, de la Ley 12/2012 no alterará la condición de exportador del contratista. En particular será de aplicación el régimen de autorización y registro establecido en la Ley 53/2007. Sin perjuicio del previo registro, la autorización deberá solicitarse y obtenerse en el momento de procederse a la efectiva exportación en los términos objeto del contrato suscrito con el Ministerio de Defensa.

V. PAGO DEL PRECIO DEL CONTRATO. CUENTA DE SITUACIÓN DE FONDOS DESTINADOS A FINANCIAR LA ADQUISICIÓN DE MATERIAL DE DEFENSA POR UN GOBIERNO EXTRANJERO

Para la realización de las actuaciones a cargo del Ministerio de Defensa previstas en el artículo 8.1 de la Ley 12/2012, el Ministerio de Defensa podrá, actuando por cuenta de un Gobierno extranjero, en virtud de un contrato celebrado entre el Gobierno de España y otro Gobierno extranjero, administrar cuentas de situación de fondos abiertas por aquél en entidades de crédito con domicilio en territorio español, así como contratar su apertura. Los gastos ocasionados al Ministerio de Defensa durante la ejecución de estos contratos, previa su aceptación por el Gobierno extranjero en los términos previstos en el contrato, serán cargados en la cuenta de situación de fondos e ingresados en el Tesoro

La apertura de la cuenta de situación de fondos deberá contratarse de modo que únicamente el Ministerio de Defensa esté habilitado para extraer y retener fondos de la misma. Para la apertura de la citada cuenta de situación de fondos por el Ministerio de Defensa, el expediente de contratación deberá ajustarse a lo dispuesto en la normativa sobre contratos del sector público, mediante procedimiento negociado con un mínimo de tres ofertas y sin necesidad de exigir prestación de garantía definitiva. Los contratos contendrán necesariamente una cláusula de exclusión de la facultad de compensación con otros fondos depositados por el Gobierno extranjero en la misma entidad de crédito. Realizada la adjudicación y formalizado el contrato, se comunicarán tales extremos al Gobierno extranjero con expresión de la fecha a partir de la cual comience la ejecución del mismo.

Los contratos que celebren las Administraciones Públicas podrán adjudicarse mediante procedimiento negociado en los casos que contempla el artículo 170 del TRLCSP entre los que figura: cuando la ejecución del contrato deba ir acompañada de medidas de seguridad especiales conforme a la legislación vigente, o cuando lo exija la protección de los intereses esenciales de la seguridad del Estado y así se haya declarado. Y como hemos visto anteriormente, la declaración de que concurre esta última circunstancia deberá hacerse, de forma expresa en cada caso, por el titular del Departamento ministerial del que dependa el órgano de contratación en el ámbito de la Administración General del Estado. La competencia para efectuar esta declaración no será susceptible de delegación, salvo que una ley expresamente lo autorice.

También podrán adjudicarse por procedimiento negociado los contratos incluidos en el ámbito del artículo 346 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, donde se establece que ningún Estado miembro estará obligado a facilitar información cuya divulgación considere contraria a los intereses esenciales de su seguridad; y podrán adoptar las medidas que estime

necesarias para la protección de los intereses esenciales de su seguridad y que se refieran a la producción o al comercio de armas, municiones y material de guerra; estas medidas no deberán alterar las condiciones de competencia en el mercado interior respecto de los productos que no estén destinados a fines específicamente

En el procedimiento negociado la adjudicación recaerá en el licitador justificadamente elegido por el órgano de contratación, tras efectuar consultas con diversos candidatos y negociar las condiciones del contrato con uno o varios de ellos. Este procedimiento será objeto de publicidad previa en los casos previstos en el artículo 177 del TRLCSP, en los que será posible la presentación de ofertas en concurrencia por cualquier empresario interesado. En los restantes supuestos, no será necesario dar publicidad al procedimiento, asegurándose la concurrencia mediante el cumplimiento de efectuar consultas con varios candidatos. En el procedimiento negociado será necesario solicitar ofertas, al menos, a tres empresas capacitadas para la realización del objeto del contrato, siempre que ello sea posible. Durante la negociación, los órganos de contratación velarán porque todos los licitadores reciban igual trato. En particular no facilitarán, de forma discriminatoria, información que pueda dar ventajas a determinados licitadores con respecto al resto. En el expediente deberá dejarse constancia de las invitaciones cursadas, de las ofertas recibidas y de las razones para su aceptación o rechazo.

Se podrá articular el procedimiento negociado en fases sucesivas, a fin de reducir progresivamente el número de ofertas a negociar mediante la aplicación de los criterios de adjudicación señalados en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones, indicándose en éstos si se va a hacer uso de esta facultad. El número de soluciones que lleguen hasta la fase final deberá ser lo suficientemente amplio como para garantizar una competencia efectiva, siempre que se hayan presentado un número suficiente de soluciones o de candidatos adecuados. Los órganos de contratación negociarán con los licitadores las ofertas que éstos hayan presentado para adaptarlas a los requisitos indicados en el pliego de cláusulas administrativas particulares y en el anuncio de licitación, en su caso, y en los posibles documentos complementarios, con el fin de identificar la oferta económicamente más ventajosa.

Para cada contrato entre Gobiernos se abrirá una cuenta de situación de fondos, que se utilizará exclusivamente para el contrato de que se trate. Este mismo régimen se aplicará a cualquier otra cuenta cuya apertura resulte necesaria para la ejecución del contrato. Cada contrato entre Gobiernos establecerá su propio calendario de situación de fondos, así como el depósito inicial exigible al Gobierno extranjero. En caso de cambio de entidad de crédito por nueva contratación, se traspasará la cuenta de situación de fondos de la antigua entidad a la nueva y se comunicará el cambio al Gobierno extranjero

y a la Secretaría General del Tesoro y Política Financiera del Ministerio de Economía y Competitividad.

El Ministerio de Defensa podrá suscribir convenios con las entidades de crédito, tendentes a determinar el régimen de funcionamiento de las cuentas abiertas en apoyo a la exportación de material de defensa, en que se encuentren situados los fondos de Gobiernos extranjeros y, en especial, el tipo de interés al que serán retribuidas, las comisiones a pagar, en su caso, los medios de pago asociados a las mismas y las obligaciones de información asumidas por las entidades de crédito (21).

El Ministerio de Defensa, en relación con las referidas cuentas, podrá recabar, del órgano administrativo gestor o de la correspondiente entidad de crédito, cualesquiera datos tendentes a comprobar el cumplimiento de las condiciones en que se autorizó la apertura de la cuenta y semestralmente se remitirá a la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, información sobre la evolución y situación de las cuentas de situación de fondos.

Los costes derivados de las actuaciones del Ministerio de Defensa previstas en el artículo 8 de la Ley 12/2012 serán cargados directamente a la cuenta de situación de fondos del Gobierno extranjero. Los gastos ocasionados por la prestación de servicios que se deriven de la celebración de los contratos serán reembolsados, con cargo a la citada cuenta, mediante ingreso a favor del Tesoro Público. La Intervención General de la Defensa llevará a cabo el control de la gestión económico-financiera sobre la administración de las cantidades situadas en las cuentas de situación de fondos y en todo aquello que corresponda respecto de la contratación con empresas españolas del sector de la defensa.

La contratación y apertura de las cuentas de situación de fondos se realizará por la Subdirección General de Gestión Económica, correspondiendo al Centro de Gestión de Pagos en el Extranjero (CEGEPEX) la administración de las mismas. Cada contrato entre Gobiernos establecerá su propio calendario de situación de fondos, así como el depósito inicial exigible al Gobierno extranjero. El ingreso del depósito inicial será requisito necesario para el inicio de las actuaciones preparatorias de la contratación con las empresas domiciliadas en territorio nacional.

(21) Estos convenios podrían configurarse como acuerdos marcos singulares (artículos 196 a 198 del TRLCSP) para la posterior adjudicación del concreto contrato de apertura de cuenta de fondos del Gobierno extranjero.

RESPONSABILIDAD SOCIAL, TRANSPARENCIA Y SOSTENIBILIDAD DEL SISTEMA UNIVERSITARIO ESPAÑOL (*)

ANABELÉN CASARES MARCOS

SUMARIO: I. EL IMPULSO DE LA RESPONSABILIDAD SOCIAL EN EL SISTEMA UNIVERSITARIO ESPAÑOL: 1. La interminable reforma universitaria al socaire de la convergencia europea. 2. Consolidación e incorporación al ámbito público de la preocupación por el corporate governance. 3. En particular, la difícil cuestión de la Responsabilidad Social Universitaria.– II. VALOR DE LA TRANSPARENCIA Y CONTEXTO EN QUE SE APRUEBA LA LEY 19/2013, DE 9 DE DICIEMBRE.– III. IMPACTO SOBRE LA UNIVERSIDAD ESPAÑOLA DEL NUEVO RÉGIMEN LEGAL IMPERANTE EN MATERIA DE TRANSPARENCIA Y BUEN GOBIERNO: 1. Breve síntesis de las obligaciones alumbradas por la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, en materia de transparencia y acceso a la información. 2. Principales escollos para la implementación y aplicación práctica de la Ley por parte de las Universidades españolas.– IV. CONCLUSIONES Y REFLEXIÓN FINAL.– V. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: La aprobación de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, va dirigida a profundizar en la articulación y aplicación práctica de la transparencia, el acceso a la información pública y las normas de buen gobierno en relación con la acción pública entendida en un sentido lato, esto es, como actuación de los diversos integrantes del complejo entramado de Administraciones y entidades públicas españolas. Destacan, a tal efecto, los retos e interrogantes planteados al sistema universitario español. No en vano, existe la aspiración de erigirlo en motor esencial, si no principal, de progreso, bienestar, avance cultural y competitividad, por lo que no escapa al actual debate y a la corriente internacional favorable a la consolidación y al refuerzo de la denominada rendición de cuentas, en cuanto servicio público esencial no sólo para los estudiantes formados en sus aulas, sino también para el conjunto de la sociedad española.

Palabras clave: Universidad; responsabilidad social; transparencia; sostenibilidad.

ABSTRACT: *Passing of Law 19/2013, December 9, pretends to deepen and strengthen the articulation and application of transparency, access to public information and good governance rules relating to public action, the later widely understood as the*

(*) Trabajo recibido en esta REVISTA el 12 de febrero de 2015 y evaluado favorablemente para su publicación el 30 de julio de 2015.

activity of the various members of the complex maze of Spanish Administrations and public entities. To that effect, challenges and questions posed to the Spanish higher educational system stand out. Nonetheless, there is an aspiration to raise our Universities in the main, if not sole, motor of future progress, welfare, cultural advance and competitiveness. Therefore they do not escape the present debate and international current favorable to the consolidation and reinforcement of the so called accountability, as an essential public service not just for students attending their classrooms, but also for Spanish society as a whole.

Key words: University; social responsibility; transparency; sustainability.

I. EL IMPULSO DE LA RESPONSABILIDAD SOCIAL EN EL SISTEMA UNIVERSITARIO ESPAÑOL

1. La interminable reforma universitaria al socaire de la convergencia europea

En las conclusiones de la *Conferencia Mundial sobre la Educación Superior: la nueva dinámica de la educación superior y la investigación para el cambio social y el desarrollo*, celebrada por la UNESCO en París en el año 2009, se afirmó decididamente que «en su condición de bien público y de imperativo estratégico para todos los niveles de la enseñanza, y por ser fundamento de la investigación, la innovación y la creatividad, la educación superior debe ser responsabilidad de todos los Gobiernos y recibir su apoyo económico».

Su importancia y misión como servicio público está fuera de toda duda, convirtiéndose en una premisa universalmente aceptada. La creación de un auténtico Espacio Europeo de Educación Superior forma parte, en este sentido, de un ambicioso y complejo plan puesto en marcha por los países europeos, bajo el auspicio de las propias instituciones comunitarias, en particular, el Parlamento Europeo (Informe de 24 de mayo de 2002) y la Comisión (documento sobre «El papel de las Universidades en la Europa del conocimiento»), para favorecer e implementar la convergencia en Europa en materia de enseñanza superior. La denominación y el origen embrionario de este proceso se sitúan en la Declaración conjunta para la armonización del diseño del Sistema de Educación Superior firmada el 25 de mayo de 1998 por los Ministros de Educación de Francia, Alemania, Italia y Reino Unido en la Sorbona instando al desarrollo de un «Espacio Europeo de Educación Superior» (1).

Establece las bases para la articulación de un espacio universitario común en Europa, planteando la necesidad de continuar la reflexión y profundizar en

(1) Sobre las razones implícitas determinantes de la iniciación del llamado «Proceso de Bolonia», vid. LINDE PANIAGUA (2010: pp. 31 y ss.).

la armonización en relación con temas como el reconocimiento internacional de estudios y la conveniencia de una mayor flexibilidad del sistema universitario europeo mediante el reconocimiento de un sistema común de transferencia de créditos y la organización de los estudios superiores europeos en semestres.

Toma el testigo de esta primera reunión la Declaración de Bolonia de 19 de junio de 1999, que concita la aceptación de 30 Estados europeos entre los que se encuentran no sólo Estados miembros de la Unión Europea, sino también otros del Espacio Europeo de Libre Comercio y países tanto del este como del centro de Europa. Con posterioridad, la primera conferencia de seguimiento del proceso de Bolonia que tuvo lugar en Praga en mayo de 2001 admitió, además, a Croacia, Chipre y Turquía como nuevos miembros del proceso.

Los principios recogidos en la Declaración de Bolonia, señaladamente los de calidad, movilidad, diversidad y competitividad, se erigen rápidamente en las bases de este nuevo proceso orientado, en última instancia, a dos finalidades eminentemente pragmáticas. De un lado, el incremento del empleo en la Unión Europea; de otro, la conversión del sistema europeo de educación superior en un polo de atracción para estudiantes y profesores de todo el mundo. Sobre ellos se pretende construir el edificio de la educación superior en Europa.

El plazo acordado para la convergencia definitiva y la puesta en práctica de los nuevos planes de estudios alcanzaba hasta 2010, con fases bianuales de realización que culminaron en las correspondientes Conferencias Ministeriales de seguimiento del proceso (2).

Pese a la gravedad y a las implicaciones de la reestructuración emprendida a su amparo, la Declaración de Bolonia tiene un carácter meramente político, sin que establezca, en principio, deberes jurídicamente exigibles a los Estados adheridos al proceso. De ahí las divergencias en los procesos de reforma universitaria efectivamente sustanciados en el ámbito europeo (3).

También la investigación se ha visto afectada por los objetivos que animan este proceso, creándose en el año 2001 el Espacio Europeo de Investigación a que se refiere y que anticipa ya la Comisión Europea en su Comunicación

(2) Con mayor profundidad, sobre el contenido de las Declaraciones y Comunicados que integran el proceso de Bolonia, LINDE PANIAGUA (2010: pp. 53 y ss.).

(3) Vid. por todos, LUZÓN TRUJILLO, SEVILLA MERINO y TORRES SÁNCHEZ (2008: pp. 59 y ss.). Diferencias que impiden una equiparación real y efectiva, en la práctica, de las titulaciones universitarias españolas con las impartidas en otros Estados adheridos al proceso, y que abocan irremediabilmente a un continuo debate y a reformas de calado que sugieren, cuando menos, ciertos bandazos en la línea seguida por nuestros poderes públicos al respecto. Sirva como botón de muestra la controversia suscitada por el Real Decreto 43/2015, de 2 de febrero, por el que se modifica el Real Decreto 1393/2007, de 29 de octubre, por el que se establece la ordenación de las enseñanzas universitarias oficiales, y el Real Decreto 99/2011, de 28 de enero, por el que se regulan las enseñanzas oficiales de Doctorado.

al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, *Towards a European Research Area*, COM (2000) 6 final (4). Combina, de forma similar al Espacio Europeo de Educación Superior, tres conceptos fundamentales. De un lado, la creación de un auténtico y verdadero mercado interior de la investigación, orientado a reforzar la cooperación, estimular la competencia y garantizar el máximo rendimiento de los recursos asignados a la investigación. De otro, la reestructuración del tejido europeo de investigación, a fin de mejorar la coordinación de las actividades y políticas de investigación nacionales. Y, en fin, el fomento de una política europea de investigación que vaya más allá de la mera financiación de las actividades de investigación y que incluya todos los aspectos de las demás políticas nacionales y europeas relacionadas con la misma.

Quedan afectadas, con ello, plenamente comprometidas con la reforma, en suma, las funciones de docencia, estudio e investigación que el artículo 1 de la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades, considera propias e inherentes al servicio público de la educación superior encomendado en España a la Universidad. En cualquier caso, la indeterminación e imprecisión de las Declaraciones subsiguientes a la de Bolonia en materia educativa, la flexibilidad, en definitiva, de que se ha querido dotar al proceso, han desembocado en una cierta sensación de confusión e inseguridad sobre la adaptación de la Universidad española a estos nuevos postulados.

Pese a ello, el proceso de convergencia ha ido ampliando su alcance hasta abarcar en la actualidad a 46 países, muchos de ellos de fuera de la Unión Europea, afectando en torno a treinta millones de estudiantes y centrando su atención no sólo en la reforma curricular ya aludida, sino en la aspiración por lograr una auténtica reforma gubernamental y presupuestaria del régimen universitario europeo, a fin de dotar a las Universidades de mayor autonomía, asegurando simultáneamente la calidad de su servicio y su contacto e interrelación con la sociedad y la empresa, y de diversificar, en fin, sus fuentes de financiación en pos, en última instancia, de su eficiencia y del establecimiento de becas que favorezcan la incorporación de los alumnos a las enseñanzas universitarias, así como la movilidad de estudiantes y profesores.

A estos efectos, norma fundamental para la reforma del sistema universitario español es la Ley Orgánica 4/2007, de 12 de abril, por la que se modifica la Ley Orgánica de Universidades, cuyo artículo 87 contiene un mandato dirigido al Gobierno, a las Comunidades Autónomas y a las Universidades para que adopten las medidas necesarias, en el ámbito de sus respectivas competencias, con la finalidad de completar la «plena integración del sistema

(4) A tal efecto, sobre la política de investigación en la Unión Europea, LINDE PANIAGUA (2010: pp. 139 y ss.).

español en el Espacio Europeo de Enseñanza Superior». Pese a ello, entre nosotros el proceso ha estado hasta fechas relativamente recientes muy indefinido, suscitando un amplio debate en la comunidad universitaria, que se ha posicionado, en general, a favor de los objetivos invocados por la filosofía y la Declaración de Bolonia pero claramente en contra de su materialización y aplicación concreta en la reforma de la educación universitaria española (5).

No en vano, se insiste en el cambio de mentalidad, de métodos docentes y de organización de la enseñanza que habrá de comportar el nuevo espacio para los docentes, convertidos ahora en instrumentos para la transmisión de «competencias» a los estudiantes, sin hacer excesivo hincapié en la correlativa necesidad de cambio en lo que al papel del alumno se refiere, cuya preparación previa a la Universidad y, fundamentalmente, trabajo y esfuerzo durante el proceso de educación superior es requisito *sine qua non* para el éxito de un sistema que insiste en que el cómputo básico de los créditos de las materias impartidas no atienda al número de horas de clase, como venía siendo habitual entre nosotros, sino a las invertidas por el alumno en trabajo efectivo sobre el contenido de la asignatura (6).

El docente parece abocado, en definitiva, a renunciar, al menos en parte, a su papel de profesor, para erigirse ahora, en cambio, en guía, orientador o tutor de un aprendizaje en el que el alumno y su esfuerzo personal han de asumir, en cambio, el protagonismo fundamental (7). La enseñanza debe orientarse, en fin, a apoyar el aprendizaje del alumno, tomando cada vez mayor importancia el papel de la evaluación de la calidad de la propia docencia a fin de procurar su excelencia (8).

Dado que la docencia se centra, en este nuevo contexto, en la figura del alumno, el papel del profesor, en cuanto especialista de alto nivel, miembro de una comunidad científico-académica, dedicado a la enseñanza, debe flexibilizarse y adaptarse a fin de erigirse en gestor del proceso de aprendizaje de aquel. Se pide al profesor universitario que prepare al alumno para

(5) Baste citar, a tal efecto, la preocupación suscitada entre la comunidad universitaria por la reciente reforma operada por Real Decreto 43/2015, de 2 de febrero, que permite alterar la duración y la estructura de las titulaciones universitarias españolas para adaptarlas al esquema temporal conocido como 3+2, esto es, 3 años de formación generalista en titulación de Grado, complementados con otros dos años de adquisición de la especialización correspondiente a través de un Máster Universitario.

(6) Preocupación subrayada también por MARTÍN REBOLLO (2007: p. 27).

(7) Se refiere expresivamente al necesario «cambio de mentalidad» del «factor humano» que exige este período de revisión y reforma de la estructura y organización de las enseñanzas universitarias al calor del Espacio Europeo de Educación Superior, De la Cruz (2003: pp. 191 y ss.).

(8) Sobre la ambigüedad y difícil aprehensión del concepto «calidad» y su aplicación y énfasis en el sistema universitario español, vid. LÓPEZ MARTÍNEZ (2014), y la doctrina allí citada.

un aprendizaje autónomo, lo que le ha de servir no sólo para los estudios universitarios de Grado y Posgrado, sino también para el futuro, *lifelong learning*, en terminología europea, de cara a una formación continuada y constante de indudable utilidad y provecho ante la vorágine de los actuales cambios sociales.

Un cambio de perspectiva que exige, en todo caso, algo más que una mera reforma legal y que plantea, sin lugar a dudas, numerosas incógnitas y diversas cuestiones de gran calado sobre el modelo de Universidad por el que se vaya a optar en nuestro país, tema que excede ampliamente, como se comprende, de los márgenes y ámbito de este trabajo. A tal efecto, es abundante, prácticamente inabarcable, la literatura surgida en estos últimos años sobre la conveniencia de reformar el sistema superior de enseñanza y el actual debate sobre el modelo concreto de Universidad por el que se deba optar (9).

2. Consolidación e incorporación al ámbito público de la preocupación por el *corporate governance*

Asistimos desde hace ya más de una década a un auge espectacular del debate sobre la necesidad de adoptar medidas adecuadas para garantizar un buen «gobierno corporativo», expresión adoptada en España como consecuencia de la traducción literal del término anglosajón *corporate governance*. No en vano, los escándalos que han sacudido a los mercados financieros internacionales desde hace ya algunos lustros han desatado la preocupación por las implicaciones éticas de las decisiones económicas adoptadas en el ámbito de la empresa (10).

Quizá el mejor exponente de esta preocupación sea el denominado Pacto Mundial de Naciones Unidas o *UN Global Compact*, iniciativa de adscripción voluntaria por la que las empresas participantes, en torno a 12.000 en más de 145 países, se comprometen a someter sus estrategias, operaciones y, en definitiva, actividad a diez principios universalmente aceptados, agrupados en cuatro áreas temáticas fundamentales, en concreto, derechos humanos, estándares, laborales, medio ambiente y anticorrupción (vid. www.unglobalcompact.org).

(9) Sin ánimo exhaustivo, por todos, EMBID IRUJO y MICHAVILA PITARCH (2001); RODRÍGUEZ GÓMEZ (coord.) (2002); SAZ DÍAZ y GÓMEZ PULIDO (coords.) (2003); MOLES PLAZA (2006); OLLERO (2007); SALABURU (2007); COROMINAS y SACRISTÁN (coords.) (2010); PEÑA (coord.) (2010), en particular, la colaboración en esta última obra colectiva de SANZ SERNA (2010, pp. 121 y ss.); MUÑOZ SAN ROQUE (2012); Hernández, Delgado-Gal y Pericay (eds.) (2013); NÚÑEZ (2013); González Geraldo (2014) y, en fin, DÍEZ GUTIÉRREZ, GUAMÁN, FERRER LLOP y JORGE ALONSO (2014).

(10) Vid., a tal efecto, por todos, el número extraordinario sobre *corporate governance* de *Análisis Financiero* (2003); el monográfico sobre el gobierno de la empresa de *Boletín de Estudios Económicos* (2004); HALLENGREN (2005: pp. 49 y ss.); y, MORCK (2005).

Las reglas de gobierno corporativo pretenden pautar, en este contexto inicialmente corporativo, tanto las relaciones internas como la proyección exterior de la empresa en sus contactos con las Administraciones públicas, con otras empresas, con los consumidores y usuarios, así como con la sociedad en general (11). Surgen, originariamente, en defensa de los accionistas minoritarios y de los acreedores de la sociedad, esto es, de quienes aportan el capital, con el claro propósito de separar propiedad y gestión. Su evolución, no obstante, ha abierto el gobierno corporativo a otros ámbitos.

En efecto, la necesidad de delimitar claramente los derechos y obligaciones de las partes involucradas, esto es, propietarios, directores, administradores, accionistas y empleados, ha desembocado en la formulación de principios y reglas concretas a respetar en el proceso de toma de decisiones empresariales. Es así como el debate sobre el gobierno corporativo ha acabado por centrarse en la promoción de la transparencia, equidad y responsabilidad social de las empresas, dando lugar con ello a diferentes corrientes entre los economistas a la hora de abordar los problemas de gobierno empresarial, según se tenga en cuenta tan sólo al accionista o *shareholder* o se amplíe el análisis a los *stakeholders* (12).

En el Estado español esta tendencia cristaliza finalmente en la Ley 26/2003, de 17 de julio, por la que se modifican la Ley del Mercado de Valores y el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas con el fin de reforzar la transparencia de las sociedades anónimas cotizadas, que trae causa, a su vez, de las recomendaciones recogidas en los Informes Olivencia sobre el buen gobierno de las sociedades, de febrero de 1998, y Aldama para el fomento de la transparencia y seguridad en los mercados y en las

(11) GONZÁLEZ PÉREZ (2002: pp. 422 y ss.).

(12) Vid., en tal sentido, el documento de trabajo del Círculo de Empresarios, *El gobierno de las sociedades cotizadas*, de 14 de noviembre de 2002, que cifra en tres los pilares sobre los que debe asentarse el gobierno de las sociedades, concretamente, el cumplimiento de las normas establecidas, y voluntariamente asumidas, el principio de transparencia y la autorregulación; son, asimismo, de gran interés el Libro Verde de la Comisión de las Comunidades Europeas, de 18 de julio de 2001, para fomentar un marco europeo para la responsabilidad social de las empresas, que entiende por tal «la integración voluntaria, por parte de las empresas, de las preocupaciones sociales y medioambientales en sus operaciones comerciales y sus relaciones con sus interlocutores», y la Comunicación de la Comisión, de 2 de julio de 2002, relativa a la responsabilidad social de las empresas: una contribución empresarial al desarrollo sostenible. El último hito destacable al efecto ha sido la aprobación en fechas recientes, el 24 de octubre de 2014, de la Estrategia Española de Responsabilidad Social de las Empresas 2014-2020, documento que pretende dotar un marco común de referencia que permita armonizar las distintas actuaciones que, en relación con la Responsabilidad Social, se están desarrollando, tanto en el ámbito público, como en el privado, incluyendo medidas para fomentar la elaboración de informes anuales que incorporen información sobre los aspectos sociales, ambientales y de buen gobierno.

sociedades cotizadas, de enero de 2003 (13). España se adelanta así en el tiempo al Informe Winter relativo a un marco normativo moderno para el Derecho de sociedades en Europa, presentado el 4 de noviembre de 2002 por un grupo de alto nivel de expertos en Derecho de sociedades designado por el Comisario Bolkestein en septiembre de 2001, y al que da respuesta la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, de 21 de mayo de 2003, sobre la modernización del Derecho de sociedades y mejora de la gobernanza empresarial en la Unión Europea: un plan para avanzar (14).

Aunque el debate sobre la denominada responsabilidad social corporativa y, más en concreto, la Ley 26/2003 están dirigidos, en un principio, a aquellas empresas que cotizan en los mercados financieros, ha alcanzado también de lleno, como no podía ser de otra manera, a las propias Administraciones públicas, al sector público en sentido lato, en definitiva, y a los procesos y procedimientos seguidos en su seno para la toma de decisiones en el ámbito material que compete a cada entidad o institución particular.

Si bien es cierto que no existen en ellas títulos de propiedad, cabe extrapolar al ámbito público las conclusiones alcanzadas por el propio Informe

(13) Recoge posteriormente el testigo de aquel trabajo y de las recomendaciones desarrolladas hasta el momento, el denominado Informe Conthe o *Código unificado de buen gobierno de las sociedades cotizadas*, aprobado posteriormente por la Comisión Nacional del Mercado de Valores en mayo de 2006. Vid., a tal efecto, el análisis comparativo entre códigos de buen gobierno desarrollado por FERRUZ AGUDO, MARCO SANJUÁN y ACERO FRAILE (2010). Actualmente, la Comisión Nacional del Mercado de Valores trabaja ya en un nuevo Código de Buen Gobierno, que verá la luz a lo largo del año 2015, sustituyendo al vigente desde 2006, y con el que no sólo se quieren mejorar los aspectos relacionados con la protección de los accionistas minoritarios o de funcionamiento de las Juntas o los Consejos, sino incluir medidas de transparencia vinculadas con la responsabilidad social y ambiental.

(14) La Directiva 2004/109/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de diciembre de 2004, sobre la armonización de los requisitos de transparencia relativos a la información sobre los emisores cuyos valores se admiten a negociación en un mercado regulado y por la que se modifica la Directiva 2001/34/CE, aportó elementos de respuesta relativos a la información que los emisores deben divulgar al mercado. Posteriormente, la Directiva 2007/36/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, sobre el ejercicio de determinados derechos de los accionistas de sociedades cotizadas, reforzó la protección de los inversores facilitando su acceso a la información y el ejercicio de sus derechos, en concreto en lo referente al aspecto transfronterizo. Acaba de entrar en vigor, por otra parte, la Directiva 2014/95/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2014, por la que se modifica la Directiva 2013/34/UE en lo que respecta a la divulgación de información no financiera e información sobre diversidad por parte de determinadas grandes empresas y determinados grupos, que resulta aplicable a todas las empresas que sean entidades de interés público, con más de 500 empleados y una facturación mayor de 40 millones de euros o un balance superior a 20 millones, y que deberá ser objeto de transposición a nuestro ordenamiento jurídico antes del 6 de diciembre de 2016.

Olivencia cuando sostiene, a tal efecto, que «el hecho de que las recomendaciones del Código tengan como primeras destinatarias a las sociedades que cotizan en mercados de valores y, en especial, a las que presentan un mayor porcentaje de acciones de libre circulación (capital flotante), no significa que sólo sean útiles para estas sociedades».

Y así, cabe extender al sector público, con las matizaciones correspondientes, el diagnóstico que realiza el Informe Olivencia al reflexionar sobre la demanda de reformas en el ámbito societario mercantil, cuando afirma que «el verdadero mal está en las causas [que motivan tales demandas] y que estas radican en el desequilibrio que se produce cuando las sociedades concentran excesivamente el poder de dirección en instancias de gobierno en las que no encuentran la debida representación los intereses de los diversos grupos, y en la falta de transparencia y de fluidez en la información, cuando no en la ocultación o en el falseamiento de esta. De ahí que la exigencia a quienes controlan el gobierno de las sociedades de dar cuenta y razón de su proceder, sea una constante de todo el movimiento reformador. Este principio de buen gobierno, aun teniendo valor en sí mismo, no basta si no va vinculado al de eficacia —al que no puede contraponerse—, en función y al servicio del interés de la sociedad».

A tal efecto, no cabe duda que merece una evaluación positiva, pese a ciertas deficiencias y a la dificultad de su implementación práctica, el esfuerzo realizado por el legislador por incorporar al sector público, entendido en sentido amplio, mecanismos que doten de mayor transparencia a su actuación a través de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno.

Se avanza así en la senda indicada para las sociedades mercantiles por el Informe Aldama, en el que se afirma expresamente que «la transmisión de información al mercado no puede ser meramente voluntaria, independientemente de la naturaleza vinculante o no de las reglas o criterios de buen gobierno societario», de forma que «respecto de estas reglas o criterios ha de exigirse que, como mínimo, las sociedades transmitan al mercado la información sobre cuáles adoptan y cuál es su grado de observancia en cada caso, para que los inversores puedan formarse un juicio correcto sobre esas sociedades». La valoración de esta recomendación ha sido dispar por cuanto no existe acuerdo, ni en el ámbito nacional ni en el internacional, acerca de la conveniencia de establecer como obligatorias ciertas conductas que, en opinión de algunos sectores doctrinales, no deberían de ser más que meras recomendaciones en respeto a la autonomía privada y a la autorregulación que deben de asistir a la empresa privada (15). En todo caso, el Parlamento

(15) En este sentido, por todos, GONZÁLEZ PÉREZ (2002: pp. 431 y ss.).

Europeo se ha pronunciado al respecto con firmeza, aconsejando que se hable, en lo tocante al Libro Verde citado *supra*, de obligaciones y no de meras recomendaciones, quedando esbozado aquí el debate y la necesidad de reflexión sosegada al respecto desde el prisma concreto de las instituciones públicas, donde la imperatividad de tales mecanismos puede entrar en conflicto, sin duda alguna, con otros bienes jurídicos de mayor preponderancia desde la perspectiva concreta del interés general.

3. En particular, la difícil cuestión de la Responsabilidad Social Universitaria

Tampoco el sistema universitario español ha escapado, en el marco del debate sobre su reforma aludido *supra*, a la discusión acerca de las implicaciones que derivarían de extender esta etiqueta o categoría mercantil de la responsabilidad social al ámbito propio del quehacer universitario. Y así, el conocido como Informe Bricall recuerda al efecto (16) que «el carácter público del servicio que prestan las Universidades explica que la creciente autonomía de que gozan las Universidades actualmente haya ido acompañada de una cada vez mayor demanda de responsabilidad social a las Universidades (*accountability*). Ello no es una novedad pero sí que ha asumido una formulación distinta en las últimas décadas, al menos en los sistemas universitarios públicos».

Es más, concluye de forma tajante que «las Universidades se ven obligadas a rendir cuentas ante quienes tienen intereses en la Universidad y están comprometidos en su funcionamiento (*stakeholders*). Los responsables de la Universidad deben explicar a la sociedad y al gobierno principalmente qué es lo que están haciendo y por qué lo hacen. Obligar a rendir cuentas externas, sistemática y periódicamente, es la mejor manera de que la Universidad no pierda la perspectiva y el conocimiento de su propia función».

Apunta en esta misma dirección el acuerdo de la Comisión Mixta para las Relaciones con el Tribunal de Cuentas, en relación con el Informe de fiscalización de las Universidades Públicas, ejercicio 2003, por el que se insta al Gobierno a que «el Ministerio de Educación, en coordinación con las Consejerías de los Gobiernos autonómicos competentes en Universidades, acuerden que en los modelos de financiación correspondientes a todas las Universidades, le den más relevancia a la financiación asignada a actividades y resultados en cada una de las funciones. A tal efecto, las Universidades deberán contar con un Plan Estratégico donde la definición de objetivos, instrumentos y medios queden debidamente precisados en su desarrollo temporal. Dicho Plan recogerá

(16) BRICALL et al. (2000: p. 403).

igualmente las líneas institucionales de investigación que cada Universidad establezca» (17).

Se instala así entre nosotros, al socaire de los vientos de modernización y reforma de la institución, la controversia sobre la responsabilidad social universitaria y, en definitiva, sobre la propia legitimación social de la Universidad española. Debate que ha sido incesante en los últimos tiempos, más aun si se toman en consideración las crecientes exigencias al respecto de la propia sociedad española a resultas de las devastadoras consecuencias sobre el empleo derivadas, fundamentalmente, de la crisis financiera desatada hace ya algunos años y, concretamente, de los requerimientos planteados a tal efecto por la que se ha dado en denominar desde los propios poderes públicos como la nueva «economía del conocimiento», hacia la que se asegura tender en los próximos años.

No en vano, se va abriendo paso la idea de la necesaria rendición de cuentas a la sociedad que, en última instancia, las financia y articula. No se pretende sino garantizar que la Universidad devuelva a la sociedad lo que previamente ha recibido de ella, de ahí el continuo clamor en los últimos tiempos sobre la necesidad de abordar una profunda reforma de la gobernanza universitaria (18).

Se trata, en cualquier caso, de una cuestión particularmente compleja. De un lado, por la propia dificultad del quehacer universitario, articulado y poliédrico; de otro, por la complicada identificación y delimitación de los interesados en la gestión y actividad universitaria, esto es, de los *stakeholders* ante los que rendir cuentas. La afirmación y el avance en la responsabilidad social universitaria parte, a fin de cuentas, de la necesidad de conocer fehacientemente qué grupos están realmente interesados en la función de la Universidad como motor de progreso y avance, a fin de garantizar su información y participación en la gestión universitaria, habilitando, en última instancia, un posible diálogo entre la institución y el grupo correspondiente (19).

Habrà de tomarse en consideración el protagonismo fundamental que corresponde, a tal efecto, al documento hecho público en octubre de 2010 *Estrategia Universidad 2015: Contribución de las Universidades al progreso socioeconómico español*, cuya vocación confesada ha sido la de servir de

(17) Resolución de 25 de noviembre de 2009, publicada en el BOE núm. 55, de 4 de marzo de 2010.

(18) Por todos, DE LA CUESTA GONZÁLEZ, DE LA CRUZ AYUSO y RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ (coords.) (2010: *in toto* y, en particular, pp. 84 y ss.).

(19) Vid., a título ejemplificativo, la clasificación de impactos universitarios propuesta a tal efecto por VALLAEYS, DE LA CRUZ y SASIA (2009: p. 9); asimismo, sobre el concepto de grupos de interés, su evolución y repercusión en las organizaciones y, en concreto, en la Universidad, Aldeanueva Fernández (2013: pp. 238 y ss.).

catalizador de una discusión más amplia sobre el papel que debe jugar la Universidad en las nuevas políticas sociales y, esencialmente, en el nuevo sistema productivo sostenible basado en el conocimiento, dentro del marco alumbrado en tal sentido por la Estrategia Europea 2020. Y así, se afirma en ella que «la Estrategia EU2015 está pensada para impulsar el desarrollo normativo de la Ley Orgánica de Universidades, reforzar el carácter de bien público de la educación superior, e incrementar su dimensión social y facilitar que el conocimiento que en ella se genera se dirija hacia el progreso, el bienestar y la competitividad de los sectores productivos y el empleo» (p. 14) o que «la contribución del sistema de educación en su conjunto, y, en particular, de las Universidades, los centros de investigación y de educación superior, es relevante en el contexto de las transformaciones y de cambio de modelo obligado para el siglo XXI donde impere la Responsabilidad Social Universitaria» (p. 75). De ahí, en definitiva, su concepción de esta última en íntima relación con el desarrollo sostenible y como un proceso voluntario, complementario respecto de la legislación vigente, y abierto, dialogado y plural, aplicado transversalmente a todas las misiones y capacidades de la Universidad en cuanto pieza fundamental de su compromiso con la sociedad y, en particular, con el entorno, ya sea local o más amplio, con el que se relacione (pp. 85 y ss.).

El documento elaborado al poco por la Comisión Técnica de la Estrategia Universidad 2015, fechado a octubre de 2011, *La responsabilidad social de la Universidad y el desarrollo sostenible*, es una concreción y complemento lógico y necesario de aquella. Profundiza en las cuestiones planteadas por estos conceptos en el marco internacional, europeo y español, para aventurar algunas recomendaciones relativas a su incorporación, a partir de un mínimo diagnóstico de situación acerca del estado y antecedentes de la responsabilidad social de la Universidad y su contribución al desarrollo sostenible en España.

Se avanza, en definitiva, en la senda de la implementación de la responsabilidad social en el sistema universitario español, destacando, en sintonía con el camino alumbrado por la Estrategia Universitaria 2015, la constitución, a este fin, de diversos grupos de trabajo en el seno de la Comisión Sectorial de la Conferencia de Rectores de las Universidades Españolas (CRUE) para la Calidad Ambiental, el Desarrollo Sostenible y la Prevención de Riesgos en las Universidades, entre otros, para la Evaluación de la Sostenibilidad Universitaria, las Mejoras Ambientales en Edificios Universitarios, la Prevención de Riesgos Laborales, la Sostenibilización Curricular, Universidad y Movilidad Sostenible, Universidades Saludables y Urbanismo Universitario y Sostenibilidad. Su esfuerzo ha contribuido también, qué duda cabe, al desarrollo y avance que cabe constatar en fechas recientes por parte de las Universidades públicas españolas en términos de publicidad activa, con el confesado propósito, en muchas ocasiones, de reforzar e impulsar, en última instancia, la sistematización

e institucionalización de las políticas en materia de responsabilidad social y sostenibilidad del sistema universitario español (20).

Todos ellos son hitos que revelan la innegable aspiración por erigir al sistema universitario en un motor esencial, si no el principal, de progreso, bienestar, avance cultural y competitividad. A tal efecto la Universidad española se ha visto inmersa en los últimos años en un proceso incesante, complejo y, en ocasiones, intensamente controvertido, orientado, en última instancia, a la modernización de su gestión; una evolución en buena medida inconclusa, ante las reformas continuamente anunciadas y en estudio, al socaire, las más de las veces, de la discutida articulación y adaptación a nuestro ordenamiento y sistema universitario de los denominados Espacio Europeo de Educación Superior (EEES) y Área Europea de Investigación (ERA).

En suma, la Universidad española, en particular, la Universidad pública, no escapa al debate y a la corriente internacional actualmente favorables a la consolidación y al refuerzo de la transparencia en la denominada rendición de cuentas, por cuanto no cabe duda alguna que la misión universitaria constituye en sí misma un servicio público esencial, no sólo para los estudiantes formados en sus aulas, sino también, desde una perspectiva más amplia, para el conjunto de la sociedad española que las financia con la convicción de que habrán de convertirse en la piedra angular sobre la que sustentar la nueva economía del conocimiento (21).

Y, sin embargo, el acuerdo sobre este punto de partida y la conveniencia de incorporar y articular mecanismos transparentes que promuevan de manera eficaz tal *accountability* en el sistema universitario español no alcanzan a desdibujar o minorar las dificultades que acompañan tal implementación. Así, son controvertidas las cuestiones relacionadas con la eventual imperatividad para las Universidades españolas de las medidas a adoptar en este ámbito, la posible exigencia de memorias o planes estratégicos periódicos en los que plasmar el estado de la cuestión y sus compromisos al respecto para el futuro, la necesidad de determinar, en su caso, su procedimiento de formulación y principales contenidos, o, en última instancia, la conveniencia de dotar a todas las instituciones universitarias de un mismo enfoque y, en particular, de un conjunto válido, estable y común de indicadores a fin de facilitar su evaluación,

(20) Vid., a tal efecto, BARRIO y MARTÍN CAVANNA (2013: pp. 3 y ss.); recogen y analizan, asimismo, experiencias concretas en materia de responsabilidad social universitaria, DE LA CUESTA GONZÁLEZ, DE LA CRUZ AYUSO y RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ (coords.) (2010: pp. 175 y ss.).

(21) Sirvan a tal efecto, como botón de muestra, las recomendaciones que para la implantación del gobierno abierto en la Universidad española recoge el documento de la CRUE-TIC, «Hacia una Universidad abierta. Recomendaciones para el SUE», sobre la base de la estrecha interrelación entre transparencia, participación y colaboración.

sistematización y comparación eficaz y en condiciones de igualdad (22). Incide en ello el documento *La responsabilidad social de la Universidad y el desarrollo sostenible*, recomendando memorias bienales en materia de responsabilidad social y sostenibilidad del sistema universitario español y sus Universidades, así como la definición de un conjunto de indicadores orientados a posibilitar el seguimiento y la evaluación de las políticas adoptadas al respecto en este terreno (23).

II. VALOR DE LA TRANSPARENCIA Y CONTEXTO EN QUE SE APRUEBA LA LEY 19/2013, DE 9 DE DICIEMBRE

La transparencia, el acceso a la información pública y las normas de buen gobierno son, o al menos debieran de ser, los ejes fundamentales de toda acción pública. Representan, a tal efecto, los vectores sobre los que se ha hecho pivotar el debate acerca de la incorporación al ámbito jurídico público de la noción propiamente mercantil de la responsabilidad social corporativa. La reciente aprobación de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, va dirigida, en este sentido, a profundizar en su articulación y aplicación práctica en relación con la actividad desarrollada no sólo por las Administraciones públicas en sentido estricto, sino también por el complejo, variado y abigarrado universo de entes públicos que integran el sector público español (24). No en vano, su Exposición de motivos vincula expresamente el fortalecimiento de sus niveles de exigencia no sólo con la promoción de la eficiencia y la eficacia del Estado, en sentido lato, sino, en particular, con el fomento y favorecimiento del crecimiento económico y el desarrollo social.

No obstante el escaso tiempo transcurrido desde su promulgación, la Ley ha sido objeto, como se verá *infra*, de críticas por ciertos defectos e insuficiencias en su formulación (25). Y, sin embargo, representa, pese a todo,

(22) En idéntico sentido, DAVARA RODRÍGUEZ (2014: p. 888). Inciden, asimismo, en el necesario cambio de paradigma sobre la propiedad de los datos o la ineludible armonización entre las distintas Administraciones que ha de guiar el proceso, SOLÍS CABRERA (coord.) et al. (2014: p. 845).

(23) P. 23; resulta de interés, a tal efecto, el análisis realizado por GAETE QUEZADA (2011a: pp. 124 y ss.) del enfoque de la responsabilidad social universitaria que contienen los planes estratégicos de las Universidades españolas disponibles al momento de su publicación en internet.

(24) No en vano, GALLARDO CASTILLO (2014, p. 160) subraya cómo la transparencia administrativa es un concepto evanescente susceptible de ser concretado jurídicamente.

(25) No en vano, pese a la regulación inaugurada por la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, son numerosas las voces que afirman que queda aún mucho por hacer al respecto. Vid., en tal sentido, el conjunto de medidas drásticas y urgentes contra la corrupción instadas a los partidos y responsables políticos por Transparencia Internacional España en noviembre

un indudable paso adelante ante la «gravísima laguna» preexistente en el ordenamiento jurídico español y la necesidad de una Ley de transparencia reivindicada doctrinalmente para garantizar, de manera efectiva, el ejercicio del derecho de acceso «deficientemente regulado» por la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (26).

Y es que no cabe duda que viene a colmar un vacío significativo del ordenamiento jurídico español, llamativo especialmente en correlación con el ámbito comparado, donde se ha vivido una auténtica eclosión del derecho de acceso, por cuanto se acepta actualmente de forma pacífica en el plano internacional el valor de la transparencia no sólo como instrumento de control ciudadano, tanto preventivo, como propiamente represivo, sino, en particular, como instrumento de mejora de la gestión pública en sí misma (27).

Así lo reconoce, no sin cierta humildad, la propia Exposición de Motivos de la Ley cuando constata que «desde la perspectiva del Derecho comparado, tanto la Unión Europea como la mayoría de sus Estados miembros cuentan ya en sus ordenamientos jurídicos con una legislación específica que regula la transparencia y el derecho de acceso a la información pública. España no podía permanecer por más tiempo al margen y, tomando como ejemplo los modelos que nos proporcionan los países de nuestro entorno, adopta esta nueva regulación» (28).

Entre nosotros también se ha subrayado la importancia de la transparencia, a fin de garantizar, entre otros, la confianza de los ciudadanos y su propia inclusión y participación en la *res publica*, en cuanto forma de legitimación

de 2014. COTINO HUESO (2013, p. 60) hace hincapié en los defectos más importantes de la nueva Ley; y así, sostiene que «es censurable que no se regule el acceso a la información como derecho fundamental, las excepciones al acceso a la información son excesivas [...] ni los mecanismos de control y revisión de las denegaciones parecen ágiles [...] en razón de la Disposición adicional 1ª, cualquier regulación especial de acceso a la información, incluso por Reglamento, hace que la Ley no sea aplicable». En idéntico sentido, asimismo, PIÑAR MAÑAS (2014: p. 19).

(26) En expresión literal de PIÑAR MAÑAS (2012: p. 242); asimismo, sobre la ordenación legal anterior a la Ley 19/2013, FERNÁNDEZ RAMOS y PÉREZ MONGUIÓ (2014: pp. 28 y ss.).

(27) Vid. Blanes Climent (2014: pp. 154 y ss.); FERNÁNDEZ RAMOS y PÉREZ MONGUIÓ (2014: pp. 19 y ss.). Pese a todo, ha sido significativa también, sobre todo desde la perspectiva estadounidense, la controversia acerca del impacto real de la adopción de una mayor transparencia en el propio proceso de toma de decisiones gubernamentales. Vid., a tal efecto, BASS, BRIAN y EISEN (2014), así como la doctrina allí citada.

(28) SENDÍN GARCÍA (2014: pp. 108 y ss.), ofrece un enjuiciamiento general de la nueva Ley, haciendo hincapié en su retraso, así como en sus importantes deficiencias e insuficiencias, pese al indudable avance que supone su aprobación.

democrática del poder (29), concibiéndose la información administrativa como un servicio público obligatorio valioso y, asimismo, como forma de evitar la corrupción, debatiéndose incluso, a estos efectos, acerca de la posible naturaleza constitucional del derecho de acceso a la información pública de los ciudadanos (30).

La aprobación de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, no hubiera sido posible, en todo caso, sin el concurso del caldo de cultivo que marcó de forma decisiva su gestación gubernamental y ulterior tramitación parlamentaria (31). En efecto, el origen del debate sobre un nuevo instrumento legal al respecto se remonta al bienio 2008-2010, situándose en el contexto de la grave crisis de confianza política, institucional y económica vigente en aquel entonces. 2011 fue, sin lugar a dudas, el año de su impulso renacido, quizá por ser el año del mayor y más espectacular divorcio entre los ciudadanos españoles y su clase dirigente. La preocupación por la transparencia y el acceso a la información pública, presente previamente en los escritos doctrinales, renace y arraiga ahora con mayor fuerza entre los propios ciudadanos debido, fundamentalmente, a las circunstancias morales, económicas y sociales imperantes (32). No resulta exagerado hablar, en tal sentido, de una crisis de credibilidad de las instituciones españolas, incluidas también las propias Universidades (33), habiéndose exacerbado quizá, como posible contrapeso, la auténtica repercusión y efectos de una hipotética transparencia pública, en la que se ha querido ver la solución última a la deslegitimación de lo público.

La Ley se despliega a este fin en tres vertientes o direcciones. De un lado, reforzando la transparencia en relación con la actividad pública a través del establecimiento de obligaciones de publicidad activa para todas las Administraciones y entidades comprendidas en su ámbito de aplicación. De otro, garantizando el acceso, el auténtico derecho, en suma, de los ciudadanos a la información. Y estableciendo, asimismo, en fin, las obligaciones de buen gobierno a cumplir por los responsables del sector público, esto es, por aquellos que desarrollan actividades de relevancia pública en materia de gestión

(29) GARCÍA MACHO (2012: p. 247).

(30) Con mayor profundidad, por todos, BLANES CLIMENT (2014), y la doctrina allí citada; y, desde la perspectiva concreta de la doctrina más reciente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, RAZQUIN LIZARRAGA (2014). En particular, sobre los múltiples contenidos de la transparencia, su esencial componente de control político y la larga evolución de la transparencia hasta llegar a ser un derecho fundamental, vid. Cotino Hueso (2014).

(31) Sobre los antecedentes, proceso de elaboración del proyecto de ley y tramitación de la actual Ley, vid. FERNÁNDEZ RAMOS y PÉREZ MONGUIÓ (2014: pp. 38 y ss.); y GUICHOT (2014a: pp. 17 y ss.).

(32) Así lo subraya también MENÉNDEZ MENÉNDEZ (2012: p. 73).

(33) BARRIO y MARTÍN CAVANNA (2013: p. 5).

y gobierno, así como las consecuencias jurídicas derivadas de su posible inobservancia o incumplimiento.

No cabe duda que la mayor novedad al respecto se encuentra, precisamente, en relación con el régimen jurídico de la transparencia y las obligaciones de publicidad activa y pasiva que comporta, resultando quizá más conocido y pacífico el tema del buen gobierno (34). Al fin y al cabo, el legislador se ha limitado, que no es poco, a dotar de imperatividad en el Título II de la Ley a ciertos principios de buen gobierno de anterior aplicación meramente potestativa, pergeñando, como aportación esencial en esta materia, un nuevo régimen jurídico sancionador que, a través de la correspondiente tipificación de infracciones y sanciones, permita perseguir y sancionar los posibles incumplimientos habidos al respecto. Así lo establece, por otra parte, la propia Exposición de Motivos de la Ley 19/2013, cuando afirma, de forma un tanto hiperbólica, que «en lo que respecta a buen gobierno, la Ley supone un avance de extraordinaria importancia. Principios meramente programáticos y sin fuerza jurídica se incorporan a una norma con rango de ley y pasan a informar la interpretación y aplicación de un régimen sancionador al que se encuentran sujetos todos los responsables públicos entendidos en sentido amplio que, con independencia del Gobierno del que formen parte o de la Administración en la que presten sus servicios y, precisamente por las funciones que realizan, deben ser un modelo de ejemplaridad en su conducta».

Resulta quizá de mayor interés, a mi juicio, meditar sobre la regulación del recién estrenado régimen jurídico en pos de la transparencia en la actividad pública, ciertamente innovador, si bien insuficiente por sí mismo —conviene constatarlo ya de forma expresa— si no fuera acompañado de otros complementos externos absolutamente ineludibles. Así, el saneamiento y la mejora en la ética pública, la implementación de garantías realmente efectivas para garantizar su seguimiento y cumplimiento o la concienciación y auténtica toma de posición, en fin, de una ciudadanía activa y vigilante al respecto. Sin ellos no cabe duda que resultará muy difícil anular y erradicar la «cultura del silencio» imperante hasta el momento (35).

(34) De «recuelo de obviedades» a este último respecto habla MENÉNDEZ MENÉNDEZ (2012: p. 77).

(35) En expresión de BLANES CLIMENT (2014: pp. 80 y ss.), quien analiza con mayor profundidad los motivos que explican la resistencia pública a facilitar información.

III. IMPACTO SOBRE LA UNIVERSIDAD ESPAÑOLA DEL NUEVO RÉGIMEN LEGAL IMPERANTE EN MATERIA DE TRANSPARENCIA Y BUEN GOBIERNO

La reflexión sobre el nuevo texto legal alumbrado en materia de transparencia, acceso a la información y buen gobierno, y su comparación con otros modelos comparados de nuestro entorno y, en particular, con el impulsado por la propia Unión Europea, resultaría un propósito de indudable interés, del todo punto pertinente desde la perspectiva concreta de la gobernanza, si bien, a los efectos de este trabajo, se pretende deliberar, de forma más particularizada, sobre los retos e interrogantes planteados al sistema universitario español al socaire de la aprobación de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, cuya entrada en vigor ha sido contemplada de forma escalonada a lo largo de uno o dos años en función del sujeto concreto obligado a su cumplimiento (36).

1. Breve síntesis de las obligaciones alumbradas por la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, en materia de transparencia y acceso a la información

El Informe Bricall subrayó, ya en el año 2000, las repercusiones concretas de la *accountability* universitaria en términos de transparencia en su gestión (37), destacando que «implica, por un lado, que la organización universitaria sea capaz de suministrar información objetiva y, por otro, que el mecanismo de gobierno de la misma permita una labor de control y seguimiento y de presentación de los resultados, con la suficiente credibilidad para el resto de la sociedad. En este sentido, ha de presentar dichos resultados, como mínimo, a cinco grandes grupos de interesados: a los estudiantes, a las empresas y otros organismos sociales que luego emplearán a los graduados universitarios o aplicarán la investigación generada en la institución (y que reciben, por tanto, indirectamente servicios universitarios), al gobierno que regula el conjunto del sistema universitario de un país, al personal académico,

(36) Ofrecen una visión general y un análisis pormenorizado del contenido de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, por todos, BLANES CUMENT (2014), DE LA NUEZ SÁNCHEZ-CASCADO y TARÍN QUIRÓS (coords.) (2014), FERNÁNDEZ RAMOS y PÉREZ MONGUIÓ (2014), Guichot (coord.) (2014 a), Rodríguez-Arana Muñoz y SENDÍN GARCÍA (2014), Valero Torrijos y Fernández Salmerón (coords.) (2014), WENCES, KÖLLING y RAGONE (coords.) (2014) y PIÑAR MAÑAS (dir.) (2015). Vid., asimismo, los números monográficos de la *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 33 (2014), dedicado a la transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno y al análisis de la cuestión tras la Ley 19/2013, coordinado por Arancha MORETÓN TOQUERO, y *Actualidad Administrativa*, núms. 7-8 (2014), sobre Gobierno Abierto y Open Data.

(37) BRICALL et al. (2000: 403).

y a los distintos proveedores de fondos y recursos para la institución (sean éstos públicos o privados)».

La nueva Ley 19/2013, de 9 de diciembre, ahonda en estas cuestiones desde la perspectiva más amplia del sector público y de su gestión, dedicando el Título I a la transparencia de la actividad pública. Bajo este rótulo se comprenden obligaciones tanto de publicidad activa, esto es, de dar a conocer cierta información, como de publicidad pasiva o acceso a la información pública a petición o solicitud del propio ciudadano; ambas debidamente enmarcadas por dos vertientes esenciales: de un lado, el ámbito subjetivo de aplicación de la Ley, al que se dedica el Capítulo I de este primer Título (artículos 2 a 4) a fin de delimitar los sujetos públicos y privados obligados a su cumplimiento, y, de otro, el ámbito objetivo afectado por el texto legal, concretado en los Capítulos II y III, en los que se aborda la cuestión esencial acerca de cuál sea la información a suministrar, en cada caso particular, a la sociedad, ciudadano solicitante o, en definitiva, *stakeholder* afectado.

Por lo que se refiere a la primera de estas perspectivas, aun cuando la Ley pudiera parecer de sencilla y evidente aplicación al ámbito universitario, hay que partir del dato incontestable de la diversa tipología de Universidades que comprende el sistema español de educación superior al amparo de la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades. A tal efecto, no cabe duda alguna de la inclusión de las Universidades públicas en el ámbito de aplicación de la Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno. Así lo sancionan expresamente los artículos 2.1 d), que se refiere a ellas de forma expresa, y 2.2 de la Ley, que las califica, «a los efectos de lo previsto en este Título», de Administraciones públicas, planteándose, en cambio, mayor incertidumbre en relación con la posible extensión y, en su caso, alcance de este nuevo régimen legal a las Universidades privadas.

A mi modo de ver, estas últimas quedan, asimismo, sujetas a ciertas obligaciones en materia de transparencia y acceso a la información, si bien menores respecto a las exigidas a las Universidades de naturaleza pública y cambiantes en función de las características o rasgos concretos de la institución privada correspondiente. Como entidades de naturaleza privada que son, conforme al artículo 3.2 de la Ley, en caso de percibir durante el período de un año ayudas o subvenciones públicas en una cuantía superior a 100.000 euros o si el 40 por 100 del total de sus ingresos anuales tienen carácter de ayuda o subvención pública, siempre que alcancen como mínimo la cantidad de 5.000 euros, les resultarán aplicables las disposiciones de la Ley relativas a la publicidad activa, quedando al margen, en cambio, de lo establecido en relación con el ejercicio del derecho de acceso a la información pública.

No cabe sino recordar, en este punto, la reflexión desarrollada por el Síndic de Greuges de Catalunya en su Informe extraordinario sobre *El derecho*

de acceso a la información pública, de marzo de 2012, cuando afirma, p. 26, que «lo que debería ser relevante a los efectos de la aplicación de la normativa reguladora del derecho de acceso es que la información haga referencia a actividad pública, entendida en sentido amplio, con independencia de que esté en posesión de un sujeto público o privado. Y si determinada información de relevancia pública no puede ser accesible, debe ser por razones objetivas y motivadas, porque exista una excepción al acceso, no por razón del ente o la persona que posee esta información».

Ahora bien, el hecho de que una Universidad privada quede al margen de los criterios enunciados por el artículo 3.2 no supone necesariamente su exención de la obligación de cumplir con cierto grado de transparencia y suministrar, por ende, información sobre su gestión concreta, por cuanto las Universidades privadas son, indudablemente, al amparo de lo dispuesto por el artículo 1.1 de la Ley Orgánica de Universidades, personas jurídicas que colaboran en la realización y prestación del servicio público de educación superior, razón por la que estarán obligadas, conforme al artículo 4 de la Ley 19/2013, a suministrar a la Administración, organismo o entidad a la que se encuentren vinculadas, previo requerimiento, toda la información necesaria para el cumplimiento por aquellos de las obligaciones previstas en este Título I (38).

Se trata, en definitiva, de un primer nivel o grado mínimo de transparencia, por cuanto comporta una obligación de publicidad pasiva de ejercicio sumamente limitado en cuanto a su titularidad. Y así, se suministrará tan sólo a aquellos sujetos expresamente citados en el precepto, previo requerimiento suyo, la información indispensable para que puedan cumplir, a su vez, con posibles obligaciones de publicidad activa o pasiva que recayeran sobre ellos al amparo del nuevo régimen legal inaugurado en diciembre de 2013.

En cuanto a la segunda vertiente apuntada, esto es, al ámbito objetivo de la Ley, el Título I diferencia de forma expresa entre dos regímenes de publicidad, activa y pasiva, dedicando a cada uno de ellos un Capítulo independiente. Y así, el Capítulo II prevé, de un lado, la publicación periódica y actualizada en las correspondientes sedes electrónicas o páginas web de los sujetos obligados de aquella información «relevante para garantizar la transparencia de su actividad relacionada con el funcionamiento y control de la actuación pública», deber que recae directamente sobre las Universidades públicas y de forma, en cambio, tan sólo indirecta o tangencial sobre las privadas, en

(38) Obligación que supone su sujeción indirecta al derecho de acceso. Se trata de un apartado calificado por FERNÁNDEZ RAMOS (2014: p. 123) como el «más decepcionante [de la Ley] en relación con el ámbito subjetivo», si bien ha encontrado corrección, vía la correspondiente ampliación posterior, en alguna legislación autonómica.

cuanto, no olvidemos, personas jurídicas privadas obligadas a transmitir a otra Administración, organismo o entidad, previo requerimiento, la información que pudiera reputarse necesaria para su cumplimiento de este extremo.

Exige el legislador que la publicación se realice de manera clara, estructurada y entendible para los interesados, preferiblemente, en formatos reutilizables, debiendo establecerse los mecanismos adecuados para facilitar la accesibilidad, interoperabilidad, calidad y reutilización de la información publicada así como su identificación y localización. A tal efecto, los artículos 6 a 8 de la Ley identifican y desgranán el contenido de aquella «información relevante» que debe ser objeto de publicación, en la que quedan comprendidos aspectos no sólo institucionales, organizativos y de planificación, sino también información de relevancia jurídica, de un lado, y económica, presupuestaria y estadística, de otro (39).

Poco más precisa este Capítulo II, que resulta, precisamente por ello, un tanto limitado, en cuanto requiere, sin duda alguna, del complemento de la pertinente normativa de desarrollo, ya sea sectorial o no, para la determinación no sólo del modo en que habrá de realizarse la publicación correspondiente, sino de las posibles consecuencias que llevaría anudadas la inobservancia de lo que en él se dispone (40).

De otro lado, el Capítulo III del Título I se centra, en cambio, en las obligaciones de publicidad pasiva que recaen sobre los sujetos obligados por la Ley, esto es, en el que tradicionalmente ha venido conociéndose y denominándose como derecho de acceso a la información pública. A diferencia de la publicidad activa, esta segunda presupone una actuación o solicitud previa de algún ciudadano, interesado en acceder a la información pública correspondiente.

Regulada hasta el momento de forma claramente insuficiente en el artículo 37 de la Ley 30/1992, de 26 de diciembre, se le dedican ahora en el nuevo texto legal de diciembre de 2013 trece preceptos, los artículos 12 a 24, estructurados en tres Secciones que regulan, sucesivamente, los posibles límites al derecho de acceso a la información pública, el procedimiento concreto para su ejercicio, así como el régimen, en su caso, para la posible impugnación de la resolución correspondiente.

Su lectura aboca al intérprete jurídico a cierta zozobra, por cuanto resulta meridianamente claro que pese a las buenas intenciones derivadas de la

(39) Se muestra crítico con esta distinción por entender que lo relevante jurídicamente puede y suele serlo también desde una perspectiva económica y viceversa, MENÉNDEZ MENÉNDEZ (2012: p. 76).

(40) Debe tomarse en consideración, a tal efecto, el proyecto de Real Decreto por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno.

filosofía de la responsabilidad social y de su incorporación al ámbito jurídico público y, en particular, al sistema de educación superior, resulta imposible aspirar a la transparencia absoluta en la actividad pública. Ni existe, ni podrá haberla, por cuanto el deseo y el propósito de dotar de la mayor publicidad —de luz y taquígrafos, en definitiva— a la organización y gestión pública y, de manera específica, a la universitaria, habrá de colisionar necesariamente con otros intereses afectados, abocando a la necesaria ponderación entre los diversos bienes jurídicos en juego (41).

Y así, al derecho de acceso a la información pública que establece y regula la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, se contraponen los límites, numerosos y variados, que el propio legislador establece en sus artículos 14 y 15, por los que podrá limitarse total o parcialmente su ejercicio cuando el acceso suponga un perjuicio para:

- a) la seguridad nacional,
- b) la defensa,
- c) las relaciones exteriores,
- d) la seguridad pública,
- e) la prevención, investigación y sanción de los ilícitos penales, administrativos o disciplinarios,
- f) la igualdad de las partes en los procesos judiciales y la tutela judicial efectiva,
- g) las funciones administrativas de vigilancia, inspección y control,
- h) los intereses económicos y comerciales,
- i) la política económica y monetaria,
- j) el secreto profesional y la propiedad intelectual e industrial,
- k) la garantía de la confidencialidad o el secreto requerido en procesos de toma de decisión,
- l) la protección del medio ambiente, y
- m) en los términos dispuestos por el artículo 15, la protección de datos personales.

Límites generales, que habrán de ser, en todo caso, objeto de una interpretación razonable a fin de evitar su conversión en restricciones absolutas (42). No en vano exige el artículo 14.2 que se apliquen de forma «justificada y proporcionada a su objeto y finalidad de protección», atendiendo a las circunstancias del caso concreto y, en especial, a la concurrencia de un interés

(41) GARCÍA MACHO (2012: p. 249).

(42) Ofrecen un análisis pormenorizado de cada uno de ellos, entre otros, BLANES CLIMENT (2014: pp. 304 y ss.); FERNÁNDEZ RAMOS y PÉREZ MONGUIÓ (2014: pp. 162 y ss.); Guichot (2014b: pp. 97 y ss.); e, IBÁÑEZ GARCÍA (2014: pp. 251 y ss.).

público o privado superior que justifique el acceso, amparándose, incluso, por el artículo 16, el acceso parcial previa omisión de aquella información afectada por el límite correspondiente, «salvo que de ello resulte una información distorsionada o que carezca de sentido».

Queda planteada así la duda acerca de la posible conveniencia de haber articulado y definido, en última instancia, un concepto de transparencia más matizado y acorde a esta ineludible ponderación (43). No en vano, frente al posible silencio absoluto y abusivo del sector público, esto es, a los efectos de este trabajo, de las Universidades, cabe imaginar también un ejercicio abusivo del propio derecho de acceso, contrario a la buena fe e irrazonable, entorpecedor y dilatador, por ello mismo, en última instancia, de la acción y el normal funcionamiento de la institución correspondiente (44).

Una realidad que se muestra en toda su crudeza en relación con el límite de la protección a la intimidad y la protección de los datos personales que regula, en concreto, el artículo 15 de la Ley, por cuanto es innegable que resulta potencialmente conflictiva la relación entre los valores de publicidad y privacidad o, dicho de otro modo, entre los derechos de acceso a la información, de un lado, y de intimidad y protección de datos, de otro, más aun habida cuenta de la distorsión del concepto «dato personal» apreciable en los últimos tiempos y de la imparable tendencia a aglutinar e incluir en su seno todo tipo de información relativa a un sujeto particular (45).

Y es que la protección jurídica de los datos personales ante el espectacular desarrollo actual de las nuevas tecnologías informáticas se ha revelado como una cuestión fundamental, hasta llegar a erigirse en uno de los temas más significativos y, por ende, polémicos relacionados con la articulación y el funcionamiento concreto de los instrumentos de tutela de los derechos y libertades ciudadanas habilitados por nuestro ordenamiento jurídico (46). Más aún si se considera que a las dificultades planteadas por el continuo avance tecnológico, se une, por otra parte, la futilidad de buena parte de las soluciones que pudieran articularse de forma autónoma y sin conexión a otros

(43) MENÉNDEZ MENÉNDEZ (2012: p. 78).

(44) Con mayor profundidad, BLANES CLIMENT (2014: pp. 356 y ss.).

(45) Sobre los retos planteados por la difícil relación entre transparencia y privacidad, vid., por todos, Guichot (2012: pp. 283 y ss.) y Martínez (2014). Rollnert Liern (2014: pp. 97 y ss.) se refiere, en concreto, a la espinosa cuestión relativa a la legitimidad de la incorporación por la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de criterios de ponderación entre la protección de datos y el acceso a la información. Resulta de indudable interés, a estos efectos, el razonamiento del Informe de la Agencia Española de Protección de Datos de 6 de noviembre de 2014 al proyecto de Real Decreto por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la citada Ley 19/2013, de 9 de diciembre.

(46) TONIATTI (1991: p. 139).

ordenamientos jurídicos comparados o a otras respuestas ensayadas con éxito en el ámbito internacional, por cuanto no cabe duda alguna que la globalidad de los ataques experimentados, en este sentido, por los ciudadanos «no saben de fronteras» (47).

Son, en cualquier caso, agresiones explicables, esperables, incluso, hasta cierto punto, en el contexto socioeconómico actualmente vigente, en el que la información se erige, claramente, y de forma cada vez más global, en instrumento de poder, en valor de cambio, desatando un voluminoso y difícilmente controlable tráfico de información, una auténtica «fiebre informativa», en definitiva (48).

El riesgo informático se convierte así en un elemento de conflictividad en la sociedad contemporánea, exigiendo una atenta y profunda reflexión jurídica para la búsqueda de soluciones normativas adecuadas que no sólo sancionen los incumplimientos en la materia, sino que sean realmente efectivas en la prevención de la vulneración de derechos esenciales de los ciudadanos.

A este respecto, el reconocimiento del derecho de protección de datos como derecho fundamental ha resultado polémico, no sólo en nuestro ordenamiento jurídico, sino también en el ámbito internacional, planteando «apasionantes debates doctrinales» que han contribuido a perfilar con mayor nitidez conceptos esenciales y, en principio, tan cercanos como, entre otros, los de intimidad y privacidad, desembocando, en última instancia, en la articulación y confirmación de un auténtico derecho a la autodeterminación informativa por parte de los ciudadanos (49).

Y así, a nuestros efectos, el artículo 15 de la Ley 19/2013 cataloga la información personal en función de la esfera concreta de la intimidad personal a que afecte y de su conexión, en última instancia, con el núcleo de mayor protección en relación con la propia privacidad. Y así, si la información solicitada a las Universidades contuviera datos especialmente protegidos relativos a la ideología, religión o creencias del afectado, sólo se autorizará el acceso en caso de contar con su consentimiento expreso y por escrito, a menos, claro está, que con anterioridad a la solicitud de acceso el propio afectado hubiese hecho «manifiestamente públicos» los datos en cuestión.

Si la información incluyese, en cambio, datos especialmente protegidos en relación con el origen racial, la salud o vida sexual del afectado, o relativos a la comisión de infracciones penales o administrativas que no conllevaran la

(47) PIÑAR MAÑAS (2008: p. 40).

(48) En expresión de Betancor Rodríguez (1994: p. 181); se refiere, asimismo, al peligro «que surge del valor económico de esta información», MURILLO DE LA CUEVA (2009: p. 58).

(49) Así lo refiere, por todos, AGÚNDEZ LERÍA (2010: pp. 938 y ss.), y la doctrina allí citada.

amonestación pública al infractor, el acceso requerirá consentimiento expreso del afectado, sin que ahora la Ley lo demande por escrito, o norma con rango de ley que lo ampare.

Para el resto de los supuestos que pudieran plantearse, esto es, solicitudes de información que incluyan o afecten a datos personales no especialmente protegidos, el órgano al que se dirija la solicitud, en nuestro caso, de la Universidad que corresponda, estará abocado a una ponderación previa, conforme a los propios criterios que determina a este efecto el legislador, acerca de la posible prevalencia de la protección de datos personales u otros derechos constitucionalmente protegidos sobre el interés público en la divulgación de la información solicitada.

Por lo demás, el ejercicio del derecho de acceso deberá acomodarse, en fin, al cauce procedimental dispuesto a tal efecto por los artículos 17 a 22 de la Ley. Sobresale, en particular, la exigencia de motivación para la eventual resolución denegatoria, requerimiento fácilmente eludible, como se comprende, ante la previsión expresa de efectos desestimatorios una vez transcurrido el plazo máximo establecido para resolver, de un mes, como regla general, ampliable por otro mes, previa notificación al interesado, en caso de que «el volumen o la complejidad de la información que se solicita así lo hagan necesario». Cabe augurar, me temo, pese al tenor literal del precepto, la ampliación prácticamente automática y generalizada de este plazo máximo para resolver, ante la facilidad de interpretar y expandir el concepto jurídico indeterminado «complejidad» para justificar la prórroga correspondiente, cuando no la directa pasividad, en definitiva, inactividad de la Administración correspondiente frente al requerimiento efectuado (50).

Cierran la regulación de este derecho los artículos 23 y 24 de la Ley, relativos al régimen de impugnación de las resoluciones, expresas o presuntas, que pudieran recaer a resultas del procedimiento sustanciado para el ejercicio del derecho de acceso a información pública. Sobresale la articulación, a tal efecto, de una vía administrativa previa a la judicial y de carácter plenamente potestativo, sustitutiva de los recursos administrativos ordinarios regulados por la Ley 30/1992, ante el recién creado Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, cuyo régimen jurídico establece el Título III de la Ley 19/2013. Conforme al artículo 24.4, el plazo máximo de que dispone el Consejo para

(50) Se trata de una solución «lógica y adecuada a Derecho» a tenor del Dictamen del Consejo de Estado 707/2012, de 19 de julio, sobre el anteproyecto de Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, tomando en consideración «el especial objeto sobre el que se proyecta el derecho de acceso que regula el anteproyecto», atinente a información que «puede versar sobre una multiplicidad de actividades públicas y puede incluir en muchos casos datos relativos a materias o a terceros dignos de una especial protección».

resolver será de tres meses, entendiéndose desestimada la reclamación en caso de silencio administrativo.

La repercusión real de este nuevo procedimiento de impugnación como posible promotor de una toma de conciencia y, en definitiva, de un serio cambio de rumbo al efecto por parte de todas las Administraciones, entidades e instituciones competentes, también, por tanto, de las Universidades españolas, dependerá, en última instancia, de la propia trayectoria y, en definitiva, de la solidez y especialización que el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno sea capaz de allegar en el ejercicio de sus funciones (51), sin olvidar, en cualquier caso, que este mecanismo supone la creación de nuevos órganos administrativos independientes para la resolución de recursos (52), entre sus diversas funciones, si bien de intervención meramente potestativa a este respecto por cuanto corresponde al afectado decidir, en última instancia, la vía de impugnación que considera más adecuada u óptima para sus intereses (53).

Es decir, en lugar de interponer el correspondiente recurso de alzada o de reposición, el sujeto legitimado podrá optar, alternativa y potestativamente, por iniciar el procedimiento del artículo 24 de la Ley, recayendo su resolución sobre el nuevo Consejo. En definitiva, la virtualidad para el afectado se encuentra, en mi opinión, no sólo en quién resuelve el procedimiento, sino en el posible ahorro de tiempo en su tramitación y, probablemente, en el también posible efecto ejemplarizante o, en su caso, vergonzante que pudiera llegar a desarrollar el nuevo procedimiento, entendiéndose bien esta última aseveración, por cuanto ninguna entidad obligada por la Ley querría resultar públicamente señalada por un tercero ¿cualificado?, esto es, el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, como responsable de adoptar, expresa o presuntamente, resoluciones que resultaran abiertamente contrarias a la transparencia y vulneradoras de los derechos de los ciudadanos pormenorizados por la nueva Ley. Recuérdese, a este respecto, la función que le encomienda el artículo 38, en

(51) El Estatuto del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno se aprobó por Real Decreto 919/2014, de 31 de octubre. BRINES ALMIÑANA (2014: p. 908) ha advertido del riesgo que supone extender su competencia a la interpretación de los datos personales, por cuanto se corre el riesgo de que lleve a cabo una interpretación generosa y amplia del principio de transparencia y publicidad, para aplicar de manera restrictiva la normativa que disciplina la protección de datos personales. Vid. con mayor profundidad sobre esta cuestión, el Informe extraordinario del Síndic de Greuges de Catalunya, «El derecho de acceso a la información pública», de marzo de 2012, p. 30.

(52) Si bien la Ley 19/2013 ha omitido atribuir al Consejo de Transparencia y Buen Gobierno algunas de las clásicas garantías que aseguran totalmente su independencia en los planos orgánico, presupuestario, funcional y personal. Vid. las propuestas que desarrolla, a tal efecto, GARCÍA COSTA (2014: pp. 502 y ss.).

(53) Vid., a tal efecto, la reflexión desarrollada por RECUERDA GIRELA (2013: pp. 342 y ss.), sobre la actual crisis del sistema tradicional de recursos administrativos.

su apartado d), de «evaluar el grado de aplicación» de la Ley y elaborar, a tal fin, una memoria anual que será presentada a las Cortes Generales «en la que se incluirá información sobre el cumplimiento de las obligaciones previstas».

2. Principales escollos para la implementación y aplicación práctica de la Ley por parte de las Universidades españolas

El anterior repaso del nuevo régimen legal alumbrado en materia de transparencia por la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, si bien somero, resulta suficiente para esbozar algunas reflexiones, a modo de grandes pinceladas, acerca de los obstáculos más importantes a su implementación práctica por parte del sistema español de educación superior al quehacer cotidiano de nuestras Universidades.

Cabe constatar, así, en primer lugar, cierta decepción ante una Ley que se revela, sin duda, como necesaria y largamente esperada, si bien insuficiente ante las más que probables dificultades que encontrarán y aducirán los obligados por ella y, en particular, la Universidad española, para su materialización, puesta en práctica y seguimiento.

Destacan, a tal efecto, el retraso del legislador español, tanto nacional como autonómico, no lo olvidemos, en la adopción de una iniciativa de esta naturaleza y contenido, así como la dilación en la preparación y el estudio de los correspondientes anteproyecto y proyecto de ley, frente a la premura con que se abordó, en cambio, su trámite parlamentario. No debe obviarse que estas últimas etapas se han sustanciado en el actual contexto de crisis económica, contención del gasto público e irremediable austeridad consiguiente a que se ha visto abocado, en consecuencia, nuestro sector público.

Y así, planea cierta sospecha en cuanto a las intenciones reales del legislador al sancionar esta norma, por cuanto parece que hubiera querido instrumentalizarse su tramitación y aprobación a fin de apaciguar el descontento social imperante y contribuir a desactivar, en última instancia, la grave crisis de confianza institucional vigente.

Es de temer que la austeridad y las restricciones presupuestarias sean no sólo el contexto sino también, en particular, un importante pretexto para eludir la aplicación y el cumplimiento de lo dispuesto y preceptuado al efecto por la propia Ley. Más aun si se toma en consideración el actual clima de asfixia común a los presupuestos de todas las entidades universitarias españolas, en particular, de las Universidades públicas, aquejadas por la ausencia de un modelo claro, fundado, coherente y, ante todo, suficiente de financiación, ya sea predominantemente pública o, en su caso, privada.

Más allá de estas consideraciones preliminares, de cierta entidad en sí mismas, entrando en las disposiciones concretas de la Ley 19/2013, de 9

de diciembre, orientadas a garantizar la transparencia y, en última instancia, la sostenibilidad, en particular, a los efectos concretos de este trabajo, del sistema universitario español, conviene hacer hincapié, con carácter previo, en cierta vaguedad e indeterminación que cabe apreciar en el propio texto legal. No en vano, resulta aplicable, como ha quedado reflejado *supra*, a una constelación no sólo de sujetos de naturaleza diversa, sino, específicamente, de actuaciones y procedimientos administrativos sumamente variados, sin que el legislador haya valorado o contemplado, sin embargo, estas especialidades en la determinación y concreción del régimen jurídico aplicable en aras a garantizar tal transparencia.

Una regulación que se revela, en cualquier caso, unitaria, común y tributaria, en última instancia, del recurso frecuente a conceptos jurídicos en gran medida indeterminados. Se construye y configura así, en definitiva, un marco normativo en materia de transparencia en gran medida pendiente, abocado, en fin, a desarrollos ulteriores, ya sea desde una perspectiva general, a través del complemento reglamentario correspondiente o de la normativa que pudiera aprobarse al respecto en los ámbitos autonómico o local pertinentes, o, en cambio, desde una más sectorial, así, por ejemplo, mediante la aprobación de normativa específica que desarrolle la aplicación de esta Ley al ámbito concreto de la gestión y administración universitarias.

A título de ejemplo, en relación con las obligaciones de publicidad activa, se determina de forma un tanto imprecisa que tendrán carácter periódico, sin concretar o establecer lapsos temporales concretos, ya sean siquiera plazos mínimos o máximos. Tampoco se ofrecen criterios claros para discernir, de otro lado, la relevancia o irrelevancia, en su caso, de una información concreta que pudiera ser objeto de publicidad. Por no hablar, en fin, de la amplitud con que se enuncian ciertos conceptos en relación con los límites al ejercicio del derecho de acceso a la información pública —así, por citar algunos, «los intereses económicos y comerciales», «la garantía de la confidencialidad o el secreto requerido en procesos de toma de decisión» o «la protección del medio ambiente»—, o, más concreto, en relación con la obligada ponderación y el test de perjuicio a realizar por el órgano competente a fin de decidir si autoriza o no el acceso correspondiente. No en vano, se habla, a tal efecto, de una aplicación «justificada y proporcionada» de estos límites o de la necesidad de atender a un «interés público o privado superior» en tal labor de ponderación.

No resulta mucho más concreta u oportuna la Ley en lo que al aspecto procedimental se refiere al regular, en particular, el ejercicio del derecho de acceso a la información pública. No en vano, establece una tramitación administrativa sumamente farragosa y contraria, en buena medida, a los propios principios inspiradores de la Ley. Y así, pese al valor casi exacerbado que se otorga durante su gestación y tramitación a la publicidad y, en particular, a la

transparencia de la actividad pública, que se ha plasmado, en concreto, entre otros extremos, en la exigencia por el legislador de motivación de aquellas resoluciones denegatorias del acceso, resulta desconcertante que se anuden por el artículo 20.4 de la Ley efectos desestimatorios al silencio administrativo recaído en relación con solicitudes de acceso a información pública, sin alumbrar, por otra parte, consecuencias claras y meridianas a derivar del incumplimiento de las obligaciones de publicidad y transparencia impuestas por la nueva Ley.

La complejidad procedimental se ve incrementada, además, por la introducción de una vía administrativa de recurso alternativa y potestativa ante la Comisión de Transparencia y Buen Gobierno, organismo público de nueva creación, que ha concitado algunas críticas y recelos por su composición mayoritariamente política y marcadamente presidencialista (54). Su éxito dependerá, en buena medida, de que sea capaz de contrarrestar la débil situación del solicitante de información frente a la institución correspondiente, manteniendo, simultáneamente, cierta independencia respecto a la compleja constelación de entidades que pueblan el sector público español (55).

Cabe cuestionarse, en fin, acerca del impacto y los efectos de la aplicación del nuevo régimen jurídico alumbrado en la materia sobre el grado o nivel de transparencia real de nuestro sector público y, en particular, de nuestras Universidades. No en vano, el procedimiento administrativo articulado para el acceso a la información correspondiente está llamado a desembocar las más de las veces en desestimación por silencio administrativo, abriéndose al interesado la subsiguiente reclamación en vía administrativa, ya sea a través de los recursos administrativos ordinarios u optando por la reclamación ante el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno. Cabe augurar, a tal efecto, un auténtico vía crucis al solicitante recalcitrante en su intención, por cuanto la posible desestimación de su petición en esta segunda vía administrativa le abocaría, en última instancia, a la vía judicial, lenta y poco rentable si se

(54) La Comisión de Transparencia y Buen Gobierno se constituyó el 19 de enero de 2015 para velar por el buen desarrollo y aplicación de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre. Está compuesta por la Presidenta del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, D^a M. Esther Arizmendi Gutiérrez, y los siguientes vocales: D^a Pilar Cortés Bureta (a propuesta del Congreso de los Diputados), D. Jokin Bildarratz Sorron (a propuesta del Senado), D^a María José de la Fuente y de la Calle (a propuesta del Tribunal de Cuentas), D. José Manuel Sánchez Saudinós (a propuesta del Defensor del Pueblo), D. Agustín Puente Escobar (a propuesta de la Agencia Española de Protección de Datos), D^a María Pía Junquera Temprano (representante de la Secretaría de Estado de Administraciones Públicas, a propuesta del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas) y D. Diego Pérez Martínez (a propuesta de la Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal). El Secretario de la Comisión es D. Javier Amorós Dorda, Subdirector General de Transparencia y Buen Gobierno.

(55) RIDAO MARTÍN (2014); con mayor profundidad sobre la organización y funciones de este nuevo organismo, vid. DE LA NUEZ SÁNCHEZ-CASCADO (2014: pp. 501 y ss.); y, GUICHOT (2014c: pp. 331 y ss.).

considera que se sustanciaría por procedimiento contencioso-administrativo ordinario (56).

En definitiva, no cabe sino cierto escepticismo ante la posible incidencia real de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, llamada a ser aplicada y puesta en práctica por el sector público en plena reestructuración de prioridades en la asignación del gasto y a través de un procedimiento complejo y poco favorable al ejercicio y la reivindicación del derecho de acceso a la información pública pertinente. Factores a los que se suma, por otra parte, un importante inconveniente derivado de la ausencia de cualquier tipo de previsión legal dirigida a garantizar un mínimo y adecuado seguimiento del cumplimiento de la Ley.

En primer lugar, en términos de formulación y construcción de indicadores que permitan una adecuada valoración del grado de transparencia adquirido por las instituciones obligadas por la Ley y, en última instancia, una comparación en términos de igualdad de su actividad al respecto. Una laguna especialmente importante por lo que a las Universidades se refiere, más aún en estos tiempos en los que tanto se acentúa la necesidad de alcanzar una mayor eficiencia del sistema universitario español a través del fomento y el incentivo de la competencia efectiva entre las instituciones que lo integran (57).

A la referida falta de previsión legal de indicadores eficaces se une, asimismo, la carencia de cualquier tipo de incentivos que pudieran reputarse adecuados para promover la implantación y la progresión en materia de transparencia. No basta con afirmaciones genéricas sobre la trascendencia y los beneficios esperados de su regulación y eventual realización, destacados por el juez norteamericano Louis D. Brandeis cuando sostuvo en su archiconocida cita que «*publicity is justly commended as a remedy for social and industrial diseases. Sunlight is said to be the best of disinfectants; electric light the most efficient policeman*» (58); sino que es necesario articular e implementar incentivos positivos y, como contrapartida, en cuanto haz y envés de una misma moneda, penalidades apropiadas para garantizar su efectiva materialización y el adecuado cumplimiento de los requerimientos que incorpora la Ley. Se corre el riesgo, en caso de no hacerlo así, de caer una vez más en el certero diagnóstico realizado entre nosotros por el regeneracionista Joaquín Costa cuando afirmó que «*leyes las tenemos por arrobas, lo importante es que se apliquen*».

La citada inexistencia de penalidades y, por consiguiente, de un auténtico régimen sancionador en materia de transparencia resulta ciertamente significativa. Cabría decir que revela, de algún modo, la escasa confianza del legislador

(56) MENÉNDEZ MENÉNDEZ (2012: p. 78).

(57) Vid. a tal efecto la propuesta concreta realizada por GAETE QUEZADA (2011b: pp. 207 y ss.).

(58) BRANDEIS (1914).

en la propia voluntad y capacidad del sector público español de cumplir con las obligaciones impuestas por la nueva Ley. Tan sólo se tipifican infracciones y sanciones en el ámbito concreto del buen gobierno, donde el legislador eleva a imperativos ciertos principios antes recogidos como meras recomendaciones de *soft law* o cumplimiento voluntario, no sin plantear, en cualquier caso, algunas dudas concretas en cuanto a su regulación y articulación.

De un lado, por la propia correlación entre infracciones y sanciones y una cierta minoración en cuanto a la entidad o gravedad de estas últimas. Así, las infracciones leves serán sancionadas con una amonestación, pudiendo imponerse al infractor en el supuesto de las graves la declaración del incumplimiento y su publicación en el diario oficial correspondiente o, en su caso, la no percepción, de llevarla aparejada, de la correspondiente indemnización para el caso de cese en el cargo. Las infracciones muy graves serán, a su vez, sancionadas con las dos anteriores, esto es, cumulativamente con las dos sanciones previstas para el supuesto de comisión de infracción grave. De otro, por cuanto parece difícil imaginar, salvo algún caso flagrante de infracción muy grave con repercusión e impacto público de cierta trascendencia, la apertura de oficio de procedimiento sancionador por la propia Administración y aun en el supuesto concreto de mediar una denuncia particular, nada impediría que se pudiera optar por su archivo. No parece, en definitiva, que quepa augurar la sustanciación de un número demasiado elevado de procedimientos sancionadores al efecto, susceptibles de culminar, en su caso, en la imposición de las sanciones anteriormente citadas. Hablar, en tal sentido, de auténtica responsabilidad en materia de buen gobierno, pese al indudable paso adelante que supone la tipificación de este régimen sancionador, resulta, sin duda, especialmente complejo (59).

La insatisfacción que suscitan, desde un punto de vista práctico, algunas de estas previsiones legales deja, en todo caso, un regusto decididamente amargo si acudimos a la Disposición final novena con la que se cierra el enunciado de la Ley. No en vano, establece las reglas que pautan su entrada en vigor escalonada, inmediata por lo que se refiere a su Título II, esto es, el Título sobre buen gobierno, que entró en vigor el día siguiente a la publicación de la Ley en el Boletín Oficial del Estado, habida el 10 de diciembre de 2013, mucho más dilatada en el tiempo, sin embargo, por lo que se refiere a las obligaciones en materia de transparencia, por cuanto el Título Preliminar y el Título I entraron en vigor al año de su publicación en el BOE. Entró también en vigor en esta misma fecha, el 10 de diciembre de 2014, el Título III de la Ley, regulador de la Comisión de Transparencia y Buen Gobierno, pese a la

(59) Sobre las dificultades prácticas para sancionar al respecto, vid., por todos, BLANES CLIMENT (2014: pp. 603 y ss.).

incoherencia que supone que estando en vigor los preceptos de la Ley sobre buen gobierno, se careciera de Comisión que pudiera ejercer las significativas funciones de asesoramiento, evaluación, seguimiento y formación, entre otras, que le encomiendan al respecto los apartados a), b), d), e) y f) del artículo 38.1 de la Ley, por no hablar de la peculiaridad que supone que recaiga precisamente sobre su Presidente, al socaire del artículo 38.2 e), «instar el inicio del procedimiento sancionador previsto en el Título II de esta Ley». Se dilata aún más, en fin, hasta un plazo máximo de dos años, la adaptación de los órganos de las Comunidades Autónomas y entidades locales a las obligaciones de la nueva Ley, alentando con ello la duda acerca de si realmente se trata de un texto legal que responda a una necesidad perentoria, sentida y asumida por el ordenamiento jurídico español o si, por el contrario, el legislador, emulando a algunas grandes corporaciones en el ámbito internacional, ha claudicado, en fin, a la filosofía inspiradora de la transparencia y el buen gobierno a efectos meramente publicitarios, a modo de una gran operación de marketing corporativo dirigida a diluir la insatisfacción ciudadana en relación con la gestión de los asuntos públicos.

IV. CONCLUSIONES Y REFLEXIÓN FINAL

La transparencia, en definitiva, su valor, filosofía y posibles efectos, no resulta una absoluta desconocida para las Universidades españolas, al menos para las públicas, que han experimentado un incremento espectacular al respecto en un período de tiempo relativamente corto. Ahora bien, la rendición de cuentas es un deber no sólo inexcusable sino sujeto, por su propia naturaleza, a mejora continua. Y, sin embargo, queda mucho por hacer aún antes de desembocar en un lenguaje y procedimiento realmente comunes que permitan la auténtica comparación y la sana emulación entre nuestras Universidades (60).

Se trata, en suma, de promover la eficiencia y racionalidad económica en el sector universitario, a fin de garantizar, en última instancia, la sostenibilidad e imbricación social a medio y largo plazo de la propia institución, por cuanto el compromiso de las Universidades con la responsabilidad social habría de permitirles devolver a la sociedad lo que previamente han recibido de ella, contribuyendo de forma decisiva a su desarrollo económico y a un mayor equilibrio social (61). Todo ello tomando en consideración, lógicamente, las diferencias notables que plantea el ámbito universitario respecto a otras instituciones, tanto públicas como privadas, por su organización, funciona-

(60) Barrio y MARTÍN CAVANNA (2013: pp. 3 y ss.).

(61) ALDEANUEVA FERNÁNDEZ y BENAVIDES VELASCO (2012: p. 56).

miento y actividad propias (62), así como el desafío esencial que plantean, a tal efecto, a fin de desarrollar metodologías de rendición de cuentas más acordes a su quehacer (63).

Conviene subrayar, en todo caso, a modo de recordatorio y conclusión, que la responsabilidad de enfrentarse a los retos actualmente planteados a la Universidad española, en aras precisamente del interés social y servicio público que desempeña la entidad, corresponde tan sólo a aquellos que integran sus órganos de gobierno y no a los códigos de buen gobierno, ni a las buenas prácticas que en materia de transparencia o acceso a la información pudieran regir su actividad, independientemente de que su aplicación responda a una obligación legal o se realice por adscripción voluntaria. Estas reglas tan sólo proporcionan unas pautas sobre el procedimiento a seguir y la publicidad aconsejable, en última instancia, en la adopción de las decisiones de gobierno más importantes para la institución, sin que resulten suficientes por sí mismas, sin embargo, para identificar cuál habría de ser la decisión más acertada para el futuro de la institución y su sostenibilidad en función de las circunstancias concretas en que se encuentre (64).

V. BIBLIOGRAFÍA

AGÚNDEZ LERÍA, Irene (2010): «La protección de datos de carácter personal y la Agencia Española de Protección de Datos», en Antonio MORALES PLAZA, Miguel PARDO GONZÁLEZ y Jesús RODRIGO LAVILLA (coords.), *Tratado del sector público estatal*, Madrid, La Ley, pp. 938-978.

ALDEANUEVA FERNÁNDEZ, Ignacio (2013): «Los grupos de interés en el ámbito de la responsabilidad social universitaria: un enfoque teórico», *AJEE*, núm. 46, pp. 235-254.

ALDEANUEVA FERNÁNDEZ, Ignacio y BENAVIDES VELASCO, Carlos Ángel (2012): «La dimensión social de la educación superior: Universidades socialmente responsables», *Boletín Económico del ICE*, núm. 3024, pp. 51-57.

(62) Así, a título de ejemplo, sobre la problemática planteada en el ámbito universitario por la difusión en abierto y el acceso directo a la producción científica, vid. GARCÍA SAURA (2014).

(63) Llama la atención sobre ello, GAETE QUEZADA (2011a: p. 129); asimismo, desde la perspectiva concreta de los cambios experimentados por la incorporación a la red de la Universidad española, vid. DE LA CUESTA GONZÁLEZ y SÁNCHEZ PAUNERO (2012).

(64) En este sentido, desde la perspectiva societaria, MAROTO Y MELLE (2001: p. 167), que se muestran tajantes al recordar que los códigos de buen gobierno «distan de ser la panacea que garantice el buen gobierno y los buenos resultados de las empresas».

- BARRIO, Esther y CAVANNA, Javier Martín (2013): *Examen de transparencia. Informe de transparencia en la web de las Universidades españolas 2012*, Madrid, Fundación Compromiso y Transparencia.
- BASS, Gary D., BRIAN, Danielle y EISEN, Norman (2014): *Why Critics of Transparency are Wrong*, Washington DC, Center for Effective Public Management at Brookings.
- BETANCOR RODRÍGUEZ, Andrés (1994): *Las Administraciones independientes*, Madrid, Tecnos.
- BLANES CLIMENT, Miguel Ángel (2014): *La transparencia informativa de las Administraciones públicas. El derecho de las personas a saber y la obligación de difundir información pública de forma activa*, Cizur Menor, Aranzadi.
- BRANDEIS, Louis D. (1914): *Other people's money*, disponible online en la dirección <http://www.law.louisville.edu/library/collections/brandeis/node/191>.
- BRICALL, Josep M. et al. (2000): *Informe Universidad 2000*, Barcelona, CRUE.
- BRINES ALMIÑANA, JAVIER (2014): «Análisis de la Ley 19/2013 de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno. Especial atención a la información pública con datos de carácter personal», AA, núms. 7-8, pp. 890-910.
- COROMINAS, Albert y SACRISTÁN, Vera (coords.) (2010): *Construir el futuro de la Universidad pública*, Barcelona, Icaria.
- COTINO HUESO, Lorenzo (2013): *Derecho y Gobierno Abierto. La regulación de la transparencia y la participación y su ejercicio a través del uso de las nuevas tecnologías y las redes sociales por las Administraciones públicas. Propuestas concretas*, Zaragoza, Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública.
- (2014): «El derecho fundamental de acceso a la información, la transparencia de los poderes públicos y el gobierno abierto. Retos y oportunidades», en Julián VALERO TORRUJOS y Manuel FERNÁNDEZ SALMERÓN (coords.), *Régimen jurídico de la transparencia del sector público. Del derecho de acceso a la reutilización de la información*, Cizur Menor, Aranzadi, pp. 37-71.
- DAVARA RODRÍGUEZ, Miguel Ángel (2014): «La Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno», AA, núms. 7-8, pp. 883-888.
- DE LA CRUZ, M^o. África (2003): «El proceso de convergencia europeo: ocasión de modernizar la Universidad española si se produce un cambio de mentalidad en gestores, profesores y estudiantes», *Aula Abierta*, núm. 82, pp. 191-216.
- DE LA CUESTA GONZÁLEZ, Marta, DE LA CRUZ AYUSO, Cristina y RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, José Miguel (coords.) (2010): *Responsabilidad social universitaria*, La Coruña, Netbiblio.

- DE LA CUESTA GONZÁLEZ, Marta y SÁNCHEZ PAUNERO, David (coords.) (2012), *Responsabilidad social universitaria 2.0*, La Coruña, Netbiblio.
- DE LA NUEZ SÁNCHEZ-CASCADO, Elisa (2014): «Consejo de Transparencia y Buen Gobierno (artículos 33 a 40)», en Elisa DE LA NUEZ SÁNCHEZ-CASCADO y Carlota TARÍN QUIRÓS (coords.), *Transparencia y buen gobierno. Comentarios a la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno*, Madrid, La Ley, pp. 501-520.
- DÍEZ GUTIÉRREZ, Enrique J., GUAMÁN, Adoración, FERRER LLOP, Josep y JORGE ALONSO, Ana (2014): *Qué hacemos con la Universidad. Por una educación superior al servicio de la sociedad con recursos suficientes y de calidad, frente a quienes quieren acabar con la Universidad*, Madrid, Akal.
- EMBED IRUJO, Antonio y MICHAVILA PITARCH, Francisco (2001): *Hacia una nueva Universidad. Apuntes para un debate*, Madrid, Tecnos.
- FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano (2014): «El ámbito subjetivo de la normativa sobre transparencia del sector público. Problemas y disfunciones», en Julián VALERO TORRIJOS y Manuel FERNÁNDEZ SALMERÓN (coords.), *Régimen jurídico de la transparencia del sector público. Del derecho de acceso a la reutilización de la información*, Cizur Menor, Aranzadi, pp. 105-134.
- FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano y PÉREZ MONGUIÓ, José María (2014): *Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno. Ley 19/2013, de 9 de diciembre*, Cizur Menor, Aranzadi.
- FERRUZ AGUDO, Luis, MARCO SANJUÁN, Isabel y ACERO FRAILE, Isabel (2010): «Códigos de Buen Gobierno: un análisis comparativo. Especial incidencia en el caso español», *Aposta. Revista de Ciencias Sociales*, núm. 46, pp. 1-77.
- GAETE QUEZADA, Ricardo (2011a): «La responsabilidad social universitaria como desafío para la gestión estratégica de la Educación Superior: el caso de España», *Revista de Educación*, núm. 355, pp. 109-133.
- (2011b) «Responsabilidad social universitaria, necesidades sociales emergentes y calidad de vida de los ciudadanos: propuesta de ámbitos e indicadores», *Argos*, vol. 28, núm. 54, pp. 191-216.
- GALLARDO CASTILLO, María Jesús (2014): «Transparencia, Poder Público y Derecho a la Información», *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, núm. 8, pp. 159-166.
- GARCÍA COSTA, Francisco Manuel (2014): «El Consejo de Transparencia y Buen Gobierno», en Julián VALERO TORRIJOS y Manuel FERNÁNDEZ SALMERÓN (coords.), *Régimen jurídico de la transparencia del sector público. Del derecho de acceso a la reutilización de la información*, Cizur Menor, Aranzadi, pp. 483-504.
- GARCÍA MACHO, Ricardo (2011): «La transparencia en el sector público», en Avelino BLASCO ESTEVE (coord.), *El Derecho Público de la crisis económica*.

Transparencia y sector público. Hacia un nuevo Derecho Administrativo, Madrid, INAP, pp. 247-282.

- GARCÍA SAURA, Pilar Juana (2014): «El acceso abierto a los resultados de la actividad académica e investigadora (*open government* y *open access* en las Universidades: ¿difusión en abierto y acceso directo a la producción científica?», en Julián VALERO TORRIJOS y Manuel FERNÁNDEZ SALMERÓN (coords.), *Régimen jurídico de la transparencia del sector público. Del derecho de acceso a la reutilización de la información*, Cizur Menor, Aranzadi, pp. 711-741.
- GONZÁLEZ GERALDO, José Luis (2014): *Hacia una Universidad más humana, ¿es «superior» la educación superior?*, Madrid, Biblioteca Nueva.
- GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús (2002): «De la ética al Derecho en la reglamentación de la actividad económica», *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, núm. 80, pp. 409-451.
- GUICHOT, Emilio (2011): «Transparencia versus protección de datos», en Avelino BLASCO ESTEVE (coord.), *El Derecho Público de la crisis económica. Transparencia y sector público. Hacia un nuevo Derecho Administrativo*, Madrid, INAP, pp. 283-387.
- (2014a): «El sentido, el contexto y la tramitación de la Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno», en Emilio GUICHOT (coord.), *Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno. Estudio de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre*, Madrid, Tecnos, pp. 17-34.
 - (2014b): «Límites a la transparencia y el acceso a la información», en Emilio GUICHOT (coord.), *Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno. Estudio de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre*, Madrid, Tecnos, pp. 97-142.
 - (2014c): «El Consejo de Transparencia y Buen Gobierno», en Emilio GUICHOT (coord.), *Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno. Estudio de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre*, Madrid, Tecnos, pp. 331-351.
- HALLENGREN, Pontus (2005): «El marco regulador del gobierno corporativo en España», *luris*, núm. 91, pp. 49-55.
- HERNÁNDEZ, Jesús, DELGADO-GAL, Álvaro y PERICAY, Xavier (eds.) (2013): *La Universidad cercada: testimonios de un naufragio*, Barcelona, Anagrama.
- IBÁÑEZ GARCÍA, Isaac (2014): «Derecho de acceso a la información pública. Artículos 12 a 17», en Elisa DE LA NUEZ SÁNCHEZ-CASCADO y Carlota TARÍN QUIRÓS (coords.), *Transparencia y buen gobierno. Comentarios a la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno*, Madrid, La Ley, pp. 223-343.

- LINDE PANIAGUA, Enrique (2010): *El proceso de Bolonia: un sueño convertido en pesadilla*, Madrid, Civitas.
- LÓPEZ MARTÍNEZ, Diego (2014): «La calidad en los servicios y gestión de las Universidades», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. especial 99-100, pp. 1937-1947.
- LUZÓN TRUJILLO, Antonio, SEVILLA MERINO, Diego y TORRES SÁNCHEZ, Mónica (2008): «La construcción del Espacio Europeo de Educación Superior. Principales tendencias en la política universitaria europea», en Alfredo JIMÉNEZ EGUIZÁBAL (dir.), *Repensar y construir el Espacio Europeo de Educación Superior. Políticas, tendencias, escenarios y procesos de innovación*, Madrid, Dykinson.
- MAROTO, Juan Antonio y MELLE, Mónica (2001): «El gobierno de las empresas bancarias en la Unión Europea: rasgos distintivos, códigos de buen gobierno y performance», *Perspectivas del Sistema Financiero*, núm. 73, pp. 161-183.
- MARTÍN REBOLLO, Luis (2007): «Sobre la enseñanza del Derecho Administrativo tras la Declaración de Bolonia (texto, contexto y pretexto)», *Actas del I Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo. Toledo, 10-11 de febrero de 2006*, Cizur Menor, Aranzadi, pp. 195-239.
- MARTÍNEZ, Ricard (2014): «De la opacidad a la casa de cristal. El conflicto entre privacidad y transparencia», en Julián VALERO TORRIJOS y Manuel FERNÁNDEZ SALMERÓN (coords.), *Régimen jurídico de la transparencia del sector público. Del derecho de acceso a la reutilización de la información*, Cizur Menor, Aranzadi, pp. 241-280.
- MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Adolfo (2012): «Una Administración pública transparente, responsable y eficaz», *Actualidad jurídica Uría Menéndez*, núm. extr. 1, pp. 73-79.
- MOLES PLAZA, Ramón J. (2006): *¿Universidad S. A.? Público y privado en la educación superior*, Barcelona, Ariel.
- MORCK, Randall K. (ed.) (2005): *A history of corporate governance around the world: family business groups to professional managers*, Chicago, University of Chicago Press.
- MORETÓN TOQUERO, Arancha (Coord.) (2014): número monográfico de la *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 33, dedicado a la transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno y al análisis de la cuestión tras la Ley 19/2013, de 9 de diciembre.
- MUÑOZ SAN ROQUE, Isabel (coord.) (2012): *El Espacio Europeo de Educación Superior, ¿un cambio deseable para la Universidad?*, Madrid, Universidad Pontificia Comillas ICAI-ICADE.
- MURILLO DE LA CUEVA, Pablo Lucas (2009): «La construcción del derecho a la autodeterminación informativa y las garantías para su efectividad», en

- Pablo Lucas MURILLO DE LA CUEVA y José Luis PIÑAR MAÑAS, *El derecho a la autodeterminación informativa*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, pp. 11-80.
- NIÑEZ, Clara Eugenia (2013): *Universidad y ciencia en España: claves de un fracaso y vías de solución*, Madrid, Gadir.
- OLLERO, Andrés (2007): *Qué hemos hecho con la Universidad. Cinco lustros de política educativa*, Cizur Menor, Aranzadi.
- PEÑA, Daniel (coord.) (2010): *Propuestas para la reforma de la Universidad española*, Madrid, Fundación Alternativas.
- PIÑAR MAÑAS, José Luis (2008): *¿Existe la privacidad? Inauguración Curso Académico 2008-2009*, Madrid, CEU Ediciones.
- (2011): «La necesidad de una Ley de Transparencia», en Avelino BLASCO ESTEVE (coord.), *El Derecho Público de la crisis económica. Transparencia y sector público. Hacia un nuevo Derecho Administrativo*, Madrid, INAP, pp. 241-245.
 - (2014): «Transparencia y derecho de acceso a la información pública. Algunas reflexiones en torno al derecho de acceso en la Ley 19/2013, de transparencia, acceso a la información y buen gobierno», *RCDP*, núm. 49, pp. 1-19.
 - (dir.) (2015): *Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos*, Madrid, Reus.
- RAZQUIN LIZARRAGA, José Antonio (2014): «Acerca de la naturaleza del derecho de acceso a la información pública (a propósito de la STEDH de 28 de noviembre de 2013)», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 11, pp. 127-139.
- RECUERDA GIRELA, Miguel Ángel (2013): «La necesaria reforma del régimen de recursos administrativos: los modelos del recurso extraordinario de revisión y del recurso especial en materia de contratación», *REDA*, núm. 159, pp. 329-346.
- ROLLNERT LIERN, Göran (2014): «La regulación del derecho de acceso a la información pública mediante ley ordinaria: problemática jurídico-constitucional», en Julián VALERO TORRIJOS y Manuel FERNÁNDEZ SALMERÓN (coords.), *Régimen jurídico de la transparencia del sector público. Del derecho de acceso a la reutilización de la información*, Cizur Menor, Aranzadi, pp. 73-104.
- RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime y SENDÍN GARCÍA, Miguel Ángel (2014): *Transparencia, acceso a la información y buen gobierno. Comentarios a la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno*, Granada, Comares.
- RODRÍGUEZ GÓMEZ, Roberto (coord.) (2002): *Reformas en los sistemas nacionales de educación superior*, A Coruña, Netbiblo.

- SALABURU, Pello (2007): *La Universidad en la encrucijada. Europa y EE.UU.*, Madrid, Academia Europea de Ciencias y Artes.
- SAZ DÍAZ, José María y GÓMEZ PULIDO, José Manuel (coords.) (2003): *Universidad... ¿para qué?*, Madrid, Universidad de Alcalá.
- SANZ SERNA, Jesús María (2010): «Medio siglo de reformas en la Universidad ¿hemos acabado?», en Daniel PEÑA (coord.), *Propuestas para la reforma de la Universidad española*, Madrid, Fundación Alternativas, pp. 121-138.
- SENDÍN GARCÍA, Miguel Ángel (2014): «Transparencia y acceso a la información pública», en Jaime RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ y Miguel Ángel SENDÍN GARCÍA, *Transparencia, acceso a la información y buen gobierno*, Granada, Comares, pp. 93-196.
- SOLÍS CABRERA, Francisco (2014): «¿Y las Universidades qué? Universidad Abierta: algo más que Gobierno Abierto y Open Data», AA, núms. 7-8, pp. 841-849.
- TONIATTI, Roberto (1991): «Libertad informática y derecho a la protección de los datos personales: principios de legislación comparada», RVAP, núm. 29, pp. 139-162.
- VALLAEYS, Francois, DE LA CRUZ, Cristina y SASIA, Pedro (2009): *Responsabilidad Social Universitaria. Manual primeros pasos*, México D. F., McGraw Hill.
- VALERO TORRIJOS, Julián y 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.
- VV. AA. (2014): número monográfico de *Actualidad Administrativa*, núms. 7-8, sobre Gobierno Abierto y Open Data.
- WENCES, Isabel, KÖLLING, Mario y RAGONE, Sabrina (coords.) (2014): *La Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno. Una perspectiva académica*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

CORRUPCIÓN Y CONTRATACIÓN PÚBLICA: ANÁLISIS DE LAS NUEVAS DIRECTIVAS EUROPEAS DE CONTRATOS Y CONCESIONES PÚBLICAS (*)

CARLOS AYMERICH CANO

SUMARIO: I. LA CORRUPCIÓN EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA: VISIÓN GLOBAL.– II. LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN LA UNIÓN EUROPEA.– III. LAS NUEVAS DIRECTIVAS DE 2014 Y EL COMBATE CONTRA LA CORRUPCIÓN.– IV. MEDIDAS GENERALES. V. MEDIDAS ESPECÍFICAS: 1. Los conflictos de intereses: A) En el Derecho comunitario de la contratación pública. B) En el Derecho español. C) Conflictos de intereses y concesiones. 2. Exclusión de candidatos y licitadores. A) Sobre el concepto de corrupción. B) Inexistencia de bases de datos de condenas por corrupción a nivel europeo. C) Autocorrección.– VI. GOBERNANZA. 1. Órganos de supervisión. 2. Informes. 3. Cooperación administrativa.– VII. UN PROBLEMA PENDIENTE: LA EFECTIVIDAD DE LOS CONTRATOS AFECTADOS POR ACTOS DE CORRUPCIÓN.– VIII. CONCLUSIÓN.

RESUMEN: Además de constituir una de las principales preocupaciones ciudadanas y, como tal, una de las principales fuentes del deslegitimación del sistema político, la corrupción tiene un importante coste económico, en especial en el ámbito de la contratación pública. Las nuevas Directivas de contratos y concesiones públicas prevén medidas, generales y específicas, para prevenir y sancionar este fenómeno. Mas, simultáneamente, el incremento de la discrecionalidad de los poderes adjudicadores, en forma de mayores posibilidades de negociación de los términos del contrato, incrementan los riesgos de corrupción.

Palabras clave: contratación pública; Unión Europea; corrupción.

ABSTRACT: Besides being one of the major public concerns and, as such, one of the main sources of delegitimization of the whole political system, corruption supposes significant economic costs, especially in the domain of public procurement. The new european directives of public procurement and concessions provide for measures, general and specific, to prevent and punish this phenomenon. But simultaneously, increasing the discretion of the contracting authority, in the form of greater chances of negotiation of the terms of the contract, increase the risks of corruption.

Key words: public procurement; European Union; corruption.

(*) Trabajo recibido en esta REVISTA el 13 de octubre de 2014 y evaluado favorablemente para su publicación el 30 de diciembre de 2014.

I. LA CORRUPCIÓN EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA: VISIÓN GLOBAL

No es preciso insistir sobre la importancia que la lucha contra la corrupción tiene en el ámbito de la contratación pública, tanto cuantitativa como cualitativamente. En términos cuantitativos, se estima que un 20% del PIB de la UE se moviliza a través de la contratación pública, porcentaje al que se debe añadir el efecto inducido que esta actividad pública produce sobre el conjunto de la economía. Cualitativamente, si la corrupción es fuente de descrédito de las instituciones y de desconfianza hacia el proceso democrático, dada su predilección por los lugares de encuentro entre el poder político y el económico, puede afirmarse que los riesgos de corrupción en el ámbito de la contratación pública son especialmente elevados. Sirvan como prueba los escándalos mediático-judiciales que, en ocasiones con nombres bizarros —Pokemon, Picachu, Patos, Gürtel, etc.— se relacionan, directa o indirectamente, con esta actividad (1).

En la experiencia española, el análisis de los escándalos más graves de corrupción registrados desde la transición revela, además, la estrecha relación existente entre el fraude en la contratación pública y la financiación irregular de los partidos políticos por medio de comisiones que los adjudicatarios repercuten después sobre el erario público en forma de mayor precio y menor calidad o, en el caso de la gestión privada de servicios públicos, de mayores tarifas para los usuarios o mayores costes para los contribuyentes. Añádase a lo anterior el denominado *pantouflage*, es decir, el reclutamiento de altos cargos o de altos servidores públicos por empresas contratistas de la Administración, reveladora de la existencia de un tráfico de influencias que también afecta, por razones obvias, a la práctica contractual de las Administraciones Públicas. No por casualidad los datos demoscópicos indican que la corrupción ya es, junto a la situación económica y laboral, una de las principales preocupaciones de la ciudadanía.

En definitiva, la corrupción en la contratación pública es un fenómeno y una preocupación global, como atestiguan iniciativas e instrumentos promovidos por diferentes organizaciones internacionales como la ONU (2), la OCDE (3), el Consejo de Europa (4) y la propia UE, tanto en el ámbito de la prevención

(1) El primer Informe Anticorrupción de la UE cifra entre un 20 y un 25%, alcanzando en ciertos contratos el 50%, los costes suplementarios producidos por la corrupción.

(2) Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercancías (CNUDMI) y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (CNUCC).

(3) Por medio de las Guías para la Prevención de la Corrupción en la Contratación Pública y la Convención contra la Corrupción en las Transacciones Comerciales Internacionales.

(4) A través de los Convenios Penal y Civil y la creación del GRECO, acrónimo de «Grupo de Estados contra la Corrupción».

como en el de la represión, con la colaboración de agentes privados como ONG o empresas de consultoría.

II. LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN LA UNIÓN EUROPEA

De acuerdo con el art. 83.1 TFUE, la corrupción es uno de esos «ámbitos delictivos» de «especial gravedad» y «repercusión transfronteriza» en los que las instituciones comunitarias pueden establecer, por medio de Directivas, criterios comunes para su persecución en el conjunto de la UE. El Tratado de Lisboa, al eliminar los denominados en la jerga europea «pilares» del ordenamiento comunitario —Mercado Único, Política Exterior y de Seguridad Común y, por último, Justicia y Asuntos de Interior— somete los asuntos del antiguo tercer pilar a los mismos procedimientos de decisión y al mismo control por parte del TJUE que los establecidos para el mercado interior (art. 67 a 89 TFUE). En cualquier caso, esta integración no se produjo hasta el 1 de diciembre de 2014 (art. 10, Protocolo 36 TFUE). Por consiguiente, los avances en el ámbito de la lucha contra la corrupción —excluidos los que afecten directamente a la protección de los intereses financieros de la UE o los incluidos transversalmente en otras políticas comunitarias (contratación pública, competencia, cooperación al desarrollo, comercio, etc.)— siguieron sometidos a la regla de decisión por unanimidad en el seno del Consejo y exentos de fiscalización por el TJUE. Por esta razón las decisiones adoptadas en este ámbito —como, por ejemplo, la Decisión Marco del Consejo 2003/568/JAI, de 22 de julio de 2003, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado— registran un elevado grado de incumplimiento (5).

Con el fin de impulsar la acción de la UE en la lucha contra la corrupción, partiendo del reconocimiento de que la efectividad del marco legislativo comunitario es insuficiente y de que los procedimientos de evaluación internacional no fueron capaces de generar el impulso necesario para combatir eficazmente la corrupción, una Comunicación de la Comisión de 2011 (6) propone que, a partir de 2013, se elabore un Informe Anticorrupción propio de la UE (7), de carácter bianual, la participación de la UE en el GRECO y la intensificación de la lucha contra la corrupción en todas las políticas comunitarias.

(5) Vid. Informe de la Comisión al Consejo basado en el artículo 9 de la Decisión Marco del Consejo 2003/568/JAI, de 22 de julio de 2003, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado, COM(2007)328, de 18 de junio de 2007.

(6) *Lucha contra la corrupción en la UE*, COM (2011) 308.

(7) El mecanismo para la elaboración del Informe fue aprobado por Decisión de la Comisión C(2011)3673.

Por lo que se refiere específicamente a la contratación pública, la transposición de las sucesivas generaciones de Directivas europeas en materia de contratación pública provocaron, sin duda, un impacto positivo en la integridad de la contratación pública en el Estado español al clarificar el ámbito subjetivo de aplicación de la normativa contractual pública, ordenar los procedimientos de preparación y adjudicación de los contratos públicos (estableciendo una separación nítida entre los criterios de exclusión y selección de los candidatos, los de adjudicación del contrato y las condiciones de ejecución del mismo), incrementar la publicidad y la transparencia en la contratación, extender la aplicación de los principios de igualdad, no discriminación y publicidad a la fase de ejecución y a los contratos excluidos, por razón de su objeto o de su cuantía, del ámbito de aplicación de las Directivas y, en fin, al establecer vías rápidas y eficaces de recurso.

La promulgación de un nuevo paquete de Directivas —la cuarta generación— en febrero de 2014 obliga a acometer una reforma en profundidad del TRLCSP vigente o incluso a su sustitución por un nuevo texto legal. Las nuevas Directivas reguladoras de los contratos y concesiones públicas simplifican y flexibilizan los procedimientos de contratación (en especial para los entes subestatales), regulan con mayor precisión e el denominado uso estratégico de la contratación pública —es decir, su empleo como instrumento de política social, ambiental o de innovación—, se preocupan por mejorar el acceso de las PYME, amplían los supuestos de contratación agregada —añadiendo a las tres fórmulas ya previstas en la Directiva 18/2004 las subastas electrónicas, los catálogos electrónicos, la contratación conjunta esporádica y la contratación conjunta transfronteriza— y, con una regulación específica de los conflictos de intereses (8), intentan asegurar la integridad en la contratación pública.

Sin embargo, llama la atención que, revisando la línea de reducción de la discrecionalidad seguida hasta el momento por el Derecho europeo, las nuevas Directivas de contratos y concesiones públicas amplíen hasta el 50% del precio de adjudicación el límite cuantitativo para que una modificación del contrato pueda ser considerada como sustancial e incrementen la discre-

(8) En principio, el art. 60 TRLCSP ya califica como prohibición para contratar haber sido condenado por delito de asociación ilícita, corrupción en transacciones financieras internacionales, tráfico de influencias, soborno, malversación o fraude, entre otros delitos, así como hallarse la persona física o los administradores de la persona jurídica en alguno de los supuestos de la Ley 5/2006, de 10 de abril, de Regulación de los Conflictos de Intereses de los Miembros del Gobierno y de los Altos Cargos de la Administración General del Estado; de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas o tratarse de cualquier de los cargos electivos a los que se refiere la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, en los términos establecidos en la misma.

cionalidad en la adjudicación de los contratos al sumar a los procedimientos abierto y restringido el de licitación con negociación y de asociación para la innovación, al tiempo que «normalizan» el de diálogo competitivo ya previsto en la Directiva 2004/18.

No por casualidad, el primer Informe Anticorrupción de la UE, hecho público en febrero de 2014 coincidiendo con la aprobación de las nuevas Directivas, incluye un estudio monográfico sobre la corrupción en la contratación pública (9). En apretada síntesis, este estudio identifica los principales riesgos de corrupción en todo el *iter* contractual (10), repasa las principales medidas y políticas de combate a la corrupción y recomienda evaluar de forma sistemática los riesgos de corrupción en la contratación pública, establecer estándares elevados de transparencia, reforzar los instrumentos de control interno y externo, mejorar la formación y la sensibilización de los operadores y endurecer los regímenes sancionadores así como incrementar su efectividad.

(9) El anexo correspondiente al Estado español destaca, tras un análisis sectorial deudor de los trabajos de otros organismos e instituciones, la falta de un tratamiento integral y transversal de la lucha contra la corrupción. Para la UE el problema reside principalmente en la escasa efectividad del marco normativo existente, debida a la falta de medios con que han de desarrollar su trabajo organismos como la Fiscalía, la judicatura o el Tribunal de Cuentas. De todos modos, en materia como la actuación de los *lobbies*, la protección de los denunciantes e informadores y la contratación pública, el informe comunitario urge reformas legislativas. Debe destacarse la identificación, no inocente, que el informe realiza entre la integridad y las reformas políticas y económicas promovidas por la UE, tanto en el campo de la reforma del Estado y de las administraciones públicas —en el sentido de una mayor centralización— como en el de la consolidación fiscal («... en 2012 se tomaron medidas legislativas para reforzar el control sobre el gasto público, incluida una nueva Ley de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera que intensificó la disciplina presupuestaria en todos los niveles de la administración» p. 2).

(10) Las irregularidades más frecuentes, según el informe, serían las especificaciones técnicas hechas a medida para favorecer a determinados licitadores, la fragmentación de contratos para evitar procedimientos competitivos, los conflictos de intereses, criterios de selección desproporcionados y no motivados, la exclusión injustificada de licitadores, el recurso injustificado a procedimientos de emergencia y urgencia, el tratamiento inadecuado de las ofertas temerarias, la excesiva insistencia en el criterio del precio más bajo en detrimento de la calidad, las excepciones no justificadas a la publicación de anuncios de licitación y la modificación injustificada de contratos. Siguiendo el estudio PwC-ECORYS 2013, pueden identificarse cuatro grandes tipos de prácticas corruptas: (1) fraude en la licitación (*bid-rigging*) (2) cohecho (*kickbacks*) (3) conflicto de intereses y (4) otras irregularidades debidas a la negligencia o la ignorancia de los funcionarios o autoridades. Una identificación exhaustiva de los riesgos de corrupción a lo largo del *iter* contractual en GIMENO FELIÚ, José María (2010) «La Ley de Contratos del Sector Público, ¿una herramienta eficaz para garantizar la integridad? Mecanismos de control de la corrupción en la contratación pública», REDA n° 147, p. 525 y ss.

III. LAS NUEVAS DIRECTIVAS DE 2014 Y EL COMBATE CONTRA LA CORRUPCIÓN

Los objetivos generales de las Directivas europeas en materia de contratación pública —asegurar el respeto a los principios de libre circulación de mercancías, libertad de establecimiento y prestación de servicios, igualdad de trato y no discriminación por razón de la nacionalidad— así como las medidas en ellas contempladas —de publicidad y transparencia a nivel comunitario, en materia de recursos, de tratamiento de las ofertas anormalmente bajas o temerarias— tienen, *per se*, una incidencia positiva en la prevención de la corrupción (11). Sin embargo, no fue hasta la Directiva 18/2004 que se introdujo una referencia expresa a la materia al ampliarse los motivos de exclusión, anteriormente limitados a la condena por delitos relativos a la «moralidad profesional» de los candidatos o licitadores, a los delitos de «corrupción», fraude, participación en una organización delictiva o de blanqueo de capitales. Las nuevas Directivas de 2014, por su parte, introducen la regulación de los conflictos de intereses.

A efecto expositivos, cabe diferenciar entre medidas generales —es decir, la incidencia que en materia de lucha contra la corrupción tienen las previsiones generales de las Directivas— y las medidas específicas, previstas expresamente para prevenir riesgos o sancionar actos de corrupción.

IV. MEDIDAS GENERALES

Las previsiones generales de las Directivas en materia de publicidad de las licitaciones y adjudicaciones, transparencia y documentación de los procedimientos, equivalencia de las especificaciones técnicas, homologación de las exigencias de capacidad y solvencia y objetividad de los criterios de adjudicación actúan como mecanismos importantes de prevención de la corrupción, sobretudo si se completan con un sistema de recursos eficaz y procedimientos de contratación electrónicos.

Sucede, sin embargo, que eficacia anti corruptiva se ve limitada por la introducción en la nueva Directiva de medidas de simplificación de procedimientos, de fomento de la contratación agregada, de una mayor amplitud en la admisión de la modificación de los contratos (si se compara con los criterios marcados por la jurisprudencia del TJUE y la práctica de la Comisión), de la previsión de mayores posibilidades de negociación en la adjudicación de los contratos. Medidas, todas ellas, que al incrementar la discrecionalidad de los

(11) O, en palabras del Libro Verde de 1996, «los procedimientos de contratación justos, transparentes y no discriminatorios, así como la posibilidad de que los contratistas puedan defender sus derechos ante los tribunales nacionales, reducen el riesgo de fraude y corrupción en las Administraciones Públicas».

poderes adjudicadores incrementan los riesgos de corrupción tal y como el legislador comunitario reconoce de forma expresa (12). Por esa razón, autores como GIMENO FELIÚ proponen que la negociación se residence en un órgano técnico de asistencia en vez de ser competencia de órganos o autoridades de naturaleza política y, además, que la negociación se documente adecuadamente, constancia facilitada por el empleo de medios electrónicos de contratación (13). En todo caso, sea cuál sea la naturaleza del órgano competente, el punto sensible parece situarse en la intervención de empresas consultoras cuyos informes deciden en la práctica, dada la complejidad de estos procedimientos, la adjudicación del contrato. Sobre esta cuestión volveremos más adelante.

Tal y como ha declarado reiteradamente el TJUE, aunque el régimen de las Directivas sólo se aplique a los contratos incluidos en su ámbito de aplicación —sea por razón de su cuantía, sea por razón de su objeto—, los principios generales ya referidos y las exigencias que de ellos derivan son aplicables al conjunto de los contratos públicos (14). Desde este punto de vista, la legislación española suscita algunas dudas dada la opción seguida por la LCSP de 2007 de establecer dos regímenes diferentes dependiendo de si los contratos están o no sujetos a «regulación armonizada», resultando que en relación con estos últimos —es decir, los contratos «no SARA» (15)— es posible de recurrir a procedimientos no concurrenciales tales como la contratación menor o el procedimiento negociado sin publicidad mucho más allá de lo previsto en las Directivas y, sobre todo, por la sujeción de la contratación de determinadas entidades públicas exclusivamente a los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación (art. 191 y 192 TRLCSP), concretados en las instrucciones aprobadas por los órganos directivos de las mismas.

(12) Así, por ejemplo, en el Considerando 45 de la nueva Directiva de contratos públicos respecto del procedimiento de licitación con negociación: *«El procedimiento de licitación con negociación debe ir acompañado de salvaguardias adecuadas que garanticen la observancia de los principios de igualdad de trato y de transparencia. En particular, los poderes adjudicadores deben indicar con antelación los requisitos mínimos que caracterizan la naturaleza del procedimiento, los cuales no deben ser alterados en las negociaciones. Los criterios de adjudicación y su ponderación deben permanecer estables a lo largo de todo el procedimiento y no deben ser objeto de negociación, con vistas a garantizar la igualdad de trato para todos los operadores económicos. Las negociaciones deben tender a mejorar las ofertas con objeto de permitir a los poderes adjudicadores adquirir obras, suministros y servicios perfectamente adaptados a sus necesidades específicas. Las negociaciones pueden referirse al conjunto de características de las obras, suministros y servicios adquiridos, con inclusión, por ejemplo, de la calidad, las cantidades, las cláusulas comerciales y los aspectos sociales, medioambientales e innovadores, en la medida en que no constituyan requisitos mínimos».*

(13) GIMENO FELIÚ (2013): pp. 53-54.

(14) En MORENO MOLINA y DOMÍNGUEZ ALONSO (2014): pp. 141 y ss).

(15) Vid. MORENO MOLINA (2009).

Sea como fuere, la Directiva recuerda, en su art. 18, apartado 1, que «los poderes adjudicadores tratarán a los operadores económicos en pie de igualdad y sin discriminaciones, y actuarán de manera transparente y proporcionada», añadiendo que «la contratación no será concebida con la intención de excluirla del ámbito de aplicación de la presente Directiva ni de restringir artificialmente la competencia. Se considerará que la competencia está artificialmente restringida cuando la contratación se haya concebido con la intención de favorecer o perjudicar indebidamente a determinados operadores económicos». En consecuencia, las que denominamos «medidas generales» de garantía de la integridad en la contratación no son sino la concreción, a lo largo del *iter* contractual, de los principios de transparencia y no discriminación.

En relación con la transparencia, son numerosas las previsiones de la Directiva dirigidas a garantizar la efectividad de este principio, comenzando por la publicidad indicativa, de la licitación, de la adjudicación y de la modificación del contrato —asegurando la plena accesibilidad, preferentemente por vía electrónica (art. 53), a los denominados en el art. 22.2 «*elementos esenciales de un procedimiento de contratación*», es decir, «*pliegos de contratación, solicitudes de participación, las confirmaciones de interés y las ofertas*», el contenido normalizado de conformidad con lo dispuesto en el art. 51 y el Anexo V de la Directiva y con nomenclaturas también normalizadas a través del empleo del CPV o «*Vocabulario Común para los Contratos Públicos*» (art. 23)—, continuando con la información a todos los candidatos y licitadores de las decisiones adoptadas en el marco de un procedimiento de adjudicación, información que, de acuerdo con lo previsto en el art. 55, puede ser realizada, dependiendo de su contenido, de oficio o a instancia del candidato o licitador interesado.

Estas exigencias de transparencia — que deben aún completarse con las establecidas por la normativa general de transparencia y acceso a la información — han de ponderarse con las de confidencialidad (art. 21, 31.4 segundo párrafo y 55.3 entre otros) justificadas en atención a la salvaguardia del interés público, de intereses comerciales legítimos o de la competencia, excepciones que el TRLCSP contempla, por cierto, con un discutible espíritu expansivo (16).

(16) El art. 153 TRLCSP establece que «*El órgano de contratación podrá no comunicar determinados datos relativos a la adjudicación cuando considere, justificándolo debidamente en el expediente, que la divulgación de esa información puede obstaculizar la aplicación de una norma, resultar contraria al interés público o perjudicar intereses comerciales legítimos de empresas públicas o privadas o la competencia leal entre ellas, o cuando se trate de contratos declarados secretos o reservados o cuya ejecución deba ir acompañada de medidas de seguridad especiales conforme a la legislación vigente, o cuando lo exija la protección de los intereses esenciales de la seguridad del Estado y así se haya declarado de conformidad con lo previsto en el artículo 13.2.d)*».

Otro principio relevante es el de no discriminación por razón de la nacionalidad y, en general, de no falseamiento de una competencia leal entre candidatos y licitadores. Diversas previsiones de la Directiva intentan prevenir y, llegado el caso, sancionar, la inobservancia de estos principios. Así, entre otras, las establecidas en el art. 26.4, en relación con las denominadas «*ofertas irregulares*»; en el art. 30.7, respecto al procedimiento de diálogo competitivo, al vedar expresamente que la negociación pueda alterar «*aspectos fundamentales de la oferta*», prohibición general directamente derivada del principio licitatorio que justifica también la regulación restrictiva de las modificaciones del contrato (art. 72); en el art. 31.4, en la regulación de la asociación para la innovación, que incluye una cautela general aplicable a la totalidad de los procedimientos con negociación en relación con la igualdad de trato entre candidatos y oferentes (17); en las limitaciones impuestas a los acuerdos-marco y demás sistemas de agregación de la demanda (art. 33 y ss.) en atención al riesgo de que la competencia pueda resultar, como advierte el Considerando 61, impedida, restringida o falseada; en las diversas salvaguardas contra la colusión o la información privilegiada de que ciertos candidatos o licitadores puedan beneficiarse (así en el art. 40 en relación con las consultas preliminares de mercado y 41 respecto de los candidatos o licitadores que actúen como consultores del poder adjudicador o que, de cualquier otro modo, participasen en la preparación del procedimiento de contratación) (18); en la regulación de las especificaciones técnicas (art. 42), de las etiquetas (art. 43) y de la exigencia de normas de garantía de calidad o de gestión ambiental (art. 62), en los que expresamente se declaran admisibles otros medios de prueba; o, por último, en la regulación de los criterios de selección de candidatos y licitadores (art. 58) y de adjudicación del contrato (art. 67 a 69), que deben ser objetivos y no discriminatorios.

En todo caso, las principales amenazas a la transparencia se localizan en el fraccionamiento del objeto con el fin de evitar que el contrato entre en el campo de aplicación de la Directiva (art. 5.3) y en el uso del procedimiento negociado sin publicidad (art. 26.6 y 32), tanto porque prescindiendo de la

(17) «*Durante la negociación, los poderes adjudicadores velarán por que todos los licitadores reciban igual trato. Con ese fin, no facilitarán, de forma discriminatoria, información que pueda dar ventajas a determinados licitadores con respecto a otros. Informarán por escrito a todos los licitadores cuyas ofertas no hayan sido eliminadas de conformidad con el apartado 5 de todo cambio en las especificaciones técnicas u otros documentos de la contratación que no sea la que establece los requisitos mínimos. A raíz de tales cambios, los poderes adjudicadores darán a los licitadores tiempo suficiente para que puedan modificar y volver a presentar ofertas modificadas, según proceda*».

(18) Un ejemplo de aplicación de esta previsión en el Informe 12/2013, de 26 de julio, de la JCCA de Cataluña.

negociación se convierte en una adjudicación directa cuanto porque se emplea fuera de los motivos tasados enumerados en el art. 32.

La reciente sentencia de 29 de mayo de 2013 del Tribunal General de la UE constituye una buena muestra de cómo las instancias comunitarias aplican estos principios en la práctica. La resolución trae causa del recurso presentado por el Reino de España contra una Decisión de la Comisión Europea que, de conformidad con lo previsto en la normativa reguladora del Fondo de Cohesión, reduce la financiación europea de determinadas obras hidráulicas contratadas por una empresa pública dependiente de la Junta de Andalucía por no respetar, en su adjudicación, las Directivas y los principios generales rectores de la contratación pública en la UE.

La sentencia confirma la decisión impugnada al declarar que los proyectos en causa infringían el Derecho comunitario de la contratación pública —y, por consiguiente, la normativa rectora del Fondo de Cohesión (19)— al subdividir artificialmente los contratos para excluirlos de la aplicación de las Directivas reguladoras de la contratación pública (en aquel momento, la 93/37/CE, para los contratos de obra pública y la 92/50 para los contratos de servicios) (20); incluir como criterios de adjudicación la experiencia en la realización de obras similares en Andalucía y el del «precio medio» (21); emplear el procedimiento

(19) El art. 8, n.º 1, del Reglamento 1164/94, en la versión vigente al adjudicarse los contratos, estipulaba que *«los proyectos financiados por el fondo deberán respetar las disposiciones de los Tratados y demás actos adoptados para su ejecución y las políticas comunitarias, incluyendo las relativas a la protección del medio ambiente, a los transportes, a las redes transeuropeas, a la competencia y a la adjudicación de contratos públicos»*. El vigente Reglamento 1303/2013, que establece disposiciones comunes aplicables a los fondos e instrumentos financieros de la UE dispone en su art. 37.1, párrafo segundo que *«al aplicar el presente título, las autoridades de gestión, os organismos que ejecutan el fondo de fondos y los organismos que ejecutan el instrumento financiero deben cumplir la legislación aplicable, en especial en materia de ayudas estatales y contratos públicos»*.

(20) *«En primer lugar, la Comisión indicó que las autoridades españolas habían fraccionado artificialmente determinados contratos públicos correspondientes a una sola obra con el fin de sustraerlos al ámbito de aplicación de la Directiva 93/37, eludiendo así la obligación de publicar un anuncio en el Diario Oficial. Esta irregularidad, según ella, afectaba en particular a los contratos n.ºs 1 y 3 relativos al proyecto Andévalo, los contratos n.ºs 6, 7 y 8 relativos al grupo de proyectos Guadalquivir, y los contratos n.ºs 1 y 3 relativos al grupo de proyectos Granada y Málaga. La Comisión observó asimismo que, dado el importe por el que se habían adjudicado los contratos n.ºs 2 y 5 relativos al grupo de proyectos Granada y Málaga, ambos deberían haber sido publicados en el Diario Oficial»* (párrafo 48).

(21) *«En segundo lugar, la Comisión señaló que la entidad adjudicadora había incluido entre los criterios de adjudicación de todos los contratos controvertidos el criterio de la experiencia en España, en Andalucía y con la empresa GIASA. Dicha institución consideró, por una parte, que la inclusión de tal criterio no se ajustaba a la normativa de la Unión porque se refería a la capacidad de los licitadores y no al objeto del contrato y, por lo tanto, podía vulnerar el principio de igualdad de trato. Por otra parte, estimó que exigir experiencia en*

negociado sin publicidad para contratar obras complementarias de un contrato que ya había sido adjudicado sin anuncio previo (22); establecer un procedimiento de preadjudicación para negociar las condiciones del contrato una vez adjudicado por concurso (23) e indicar plazos demasiado cortos para la presentación de ofertas (24).

La sentencia contiene declaraciones especialmente interesantes respecto del fraccionamiento contractual y de la aplicación de los principios generales del Derecho comunitario —en particular el de no discriminación por razón de la nacionalidad— a contratos no sometidos a las Directivas.

Respecto del fraccionamiento de los contratos, el tribunal repasa la doctrina jurisprudencial recordando que la existencia de una obra — es decir, de un objeto contractual único no susceptible de fraccionamiento — debe determinarse partiendo de la existencia de una identidad económica y técnica, constituyendo la proximidad temporal de los anuncios de licitación y la identidad de poder adjudicador un poderoso indicio de que los contratos se corresponden con una única obra. De este modo, rechazando las alegaciones en contrario de la representación española, la sentencia considera que la construcción de una

España, en Andalucía y con la empresa GIASA era contrario al principio de no discriminación por razón de la nacionalidad. Además, la Comisión se opuso al método denominado «del precio medio», utilizado para atribuir puntos en la evaluación económica efectuada durante la fase de adjudicación de la mayoría de los contratos controvertidos. La Comisión consideró que este método no se ajustaba a la normativa de la Unión, en la medida en que su utilización habría podido favorecer, en igualdad de condiciones en cuanto a los demás criterios, a ofertas más costosas que se aproximasen más al límite del “precio medio” frente a otras ofertas más ventajosas.» (párrafo 49).

(22) *«En tercer lugar, la Comisión reprochó a las autoridades españolas que hubiesen recurrido al procedimiento negociado previsto en la Directiva 93/37 para la adjudicación de las obras complementarias de un contrato público que ya había sido adjudicado, sin publicar por tanto previamente un anuncio de licitación. Según dicha institución, las autoridades españolas tampoco lograron probar la concurrencia de circunstancias imprevistas que justificaran el recurso a ese procedimiento con arreglo a las excepciones establecidas a tal efecto por la normativa de la Unión, de modo que deberían haber aplicado un procedimiento abierto. La Comisión limitó esta irregularidad a la modificación introducida por las autoridades españolas en el contrato nº 3 del proyecto Andévalo tras su adjudicación.» (párrafo 50).*

(23) *«En cuarto lugar, la Comisión reprochó a las autoridades españolas que, en el pliego de condiciones de los contratos adjudicados en el marco del grupo de proyectos Granada y Málaga, previesen un procedimiento de “preadjudicación” consistente en la posibilidad de negociar con el adjudicatario las condiciones de dichos contratos aun después de su adjudicación. Según ella, este procedimiento era contrario a la normativa de la Unión y podía privar por completo de eficacia al procedimiento abierto que había conducido a la adjudicación de tales contratos.» (párrafo 51).*

(24) *«En quinto lugar, la Comisión estimó que, en relación con los contratos nºs 2 y 5 relativos al grupo de proyectos Granada y Málaga, las autoridades españolas habían señalado un plazo insuficiente para la presentación de las ofertas, contrariamente a lo prescrito por la Directiva 92/50.» (párrafo 52).*

única red de canalización conectada con único depósito, aunque abastezca de agua a diferentes municipios, constituye una obra única (25). Recuerda, además, que para juzgar ilícito el fraccionamiento de un contrato no se requiere probar la concurrencia de la voluntad del Estado miembro de defraudar lo dispuesto en las Directivas: *«la constatación de que se ha fraccionado un contrato contraviniendo la normativa de la Unión en materia de adjudicación de contratos públicos no presupone la demostración de una intención subjetiva de eludir la aplicación de las disposiciones contenidas en dicha normativa (véase, en este sentido, la sentencia Comisión/Alemania, citada en el apartado 67 supra, apartado 49). Cuando, como en el caso de autos, tal constatación ha quedado probada, carece de relevancia que la infracción resulte o no de la voluntad del Estado miembro al que le sea imputable, de su negligencia o incluso de dificultades técnicas a las que haya tenido que hacer frente (véase, en este sentido, la sentencia del Tribunal de Justicia de 1 de octubre de 1998, Comisión/España, C71/97, Rec. p. 15991, apartado 15).»* (26).

Por lo que se refiere a la aplicación de los principios generales del Derecho comunitario a los contratos no incluidos en el ámbito de aplicación de las Directivas, la sentencia reitera que *«según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, en lo que respecta a la adjudicación de contratos públicos que, habida cuenta de su valor, no están sujetos a los procedimientos previstos por la normativa de la Unión en materia de adjudicación de contratos públicos, las entidades adjudicadoras están obligadas, no obstante, a respetar las normas fundamentales y los principios generales del Tratado, en particular el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad (sentencia del Tribunal de Justicia de 7 de diciembre de 2000, Telaustria y Telefonadress, C324/98, Rec. p. 110745, apartado 60; auto Vestergaard, citado en el apartado 109 supra, apartados 20 y 21; sentencias del Tribunal de Justicia de 20 de octubre de 2005, Comisión/Francia, C264/03, Rec. p. 18831, apartado 32, y de 14 de junio de 2007, MedipacKazantzidis, C6/05, Rec. p. 14557, apartado 33).»* (27), aplicación que debe ser realizada después de comprobar el interés transfronterizo del contrato (28).

En definitiva, tras una exposición general del alcance del principio de no discriminación por razón de la nacionalidad (29), el tribunal concluye

(25) Cfr. párrafos 67 y ss. y la jurisprudencia allí citada

(26) Cfr. párrafo 95.

(27) Cfr., parágrafo 110.

(28) Interés que en el caso de autos resulta tanto del valor de los contratos como de la zona geográfica, próxima a la frontera portuguesa, de ejecución de los mismos (cfr. párrafo 114).

(29) *«...según jurisprudencia reiterada, el principio de no discriminación que se deriva del TFUE, en particular de las libertades fundamentales, no sólo exige eliminar toda discrimi-*

que el criterio de experiencia en la ejecución de obras en Andalucía viola el referido principio al tener como efecto *«favorecer las ofertas de los licitadores locales y penalizar las de operadores establecidos en otros Estados miembros, para los que resulta más difícil acreditar la experiencia requerida, aun cuando no se trate de una discriminación directa, como alega el Reino de España»* (30).

V. MEDIDAS ESPECÍFICAS

1. Los conflictos de intereses

A) En el Derecho comunitario de la contratación pública

A través del Libro Verde de 2011 para la Modernización de la Política de Contratos Públicos en la UE, la Comisión lanzó una consulta a nivel europeo relativa, entre otros asuntos, a la conveniencia de introducir una definición común de conflicto de intereses en el ámbito de la contratación pública y, eventualmente, medidas dirigidas a prever, identificar y resolver tales conflictos. Con ese propósito, el documento avanza una noción de conflicto de interés consistente en *«una situación en que las personas que participan en la decisión de adjudicación del contrato tienen obligaciones profesionales o personales o intereses personales o financieros que las pueden impedir de cumplir sus deberes de forma equitativa e imparcial, o en que una persona está en posición de influenciar el proceso de toma de decisión de la entidad adjudicadora para promover sus propios intereses»* (31).

Las respuestas positivas obtenidas en la consulta provocaron que las nuevas Directivas regulen los conflictos de intereses, tal y como estipula el art. 24 de la Directiva de contratación pública:

«Los Estados miembros velarán por que los poderes adjudicadores tomen las medidas adecuadas para prevenir, detectar y solucionar de modo efectivo los conflictos de intereses que puedan surgir en los procedimientos de contratación a fin de evitar cualquier falseamiento de la competencia y garantizar la igualdad de trato de todos los operadores económicos.

nación en perjuicio de quien ejecuta obras o presta servicios por razón de su nacionalidad, sino también suprimir cualquier restricción, aunque se aplique indistintamente a los operadores nacionales y a los de los demás Estados miembros, cuando pueda prohibir u obstaculizar de otro modo las actividades del operador establecido en otro Estado miembro en el que preste legalmente servicios análogos (véase, en este sentido, la sentencia del Tribunal de Justicia de 25 de julio de 1991, Säger, C76/90, Rec. p. I4221, apartado 12)» (párrafo 119).

(30) Cfr., párrafo 120.

(31) Cfr., COM (2011) 15 final, p. 53.

El concepto de conflicto de intereses comprenderá al menos cualquier situación en la que los miembros del personal del poder adjudicador, o de un proveedor de servicios de contratación que actúe en nombre del poder adjudicador, que participen en el desarrollo del procedimiento de contratación o puedan influir en el resultado de dicho procedimiento tengan, directa o indirectamente, un interés financiero, económico o personal que pudiera parecer que compromete su imparcialidad e independencia en el contexto del procedimiento de contratación».

Repárese en que esta regulación es menos exigente que la que inicialmente recogía el art. 21 de la propuesta de Directiva de contratación pública, que obligaba a los Estados miembros a establecer *«normas para prevenir, detectar y solucionar de inmediato los conflictos de intereses que puedan surgir en los procedimientos de contratación»* (no simplemente a asegurarse que los poderes adjudicadores *«tomen las medidas adecuadas»*), hacía referencia expresa al *«el presidente del poder adjudicador y los miembros de sus órganos decisorios que, sin intervenir necesariamente en el desarrollo del procedimiento de contratación, podrían no obstante influir en su resultado»*, establecía el deber del personal del poder adjudicador de *«revelar la existencia de cualquier conflicto de intereses que pueda existir en relación con los candidatos o los licitadores, tan pronto como tengan conocimiento de ese conflicto, a fin de permitir al poder adjudicador adoptar medidas correctoras»* así como la obligación de que candidatos y licitadores presentasen, al inicio del procedimiento de adjudicación, una declaración relativa a la existencia de cualesquiera relaciones vínculos privilegiados con el personal del poder adjudicador *«que puedan colocar a esas personas en una situación de conflicto de intereses»*. Además, la Propuesta especificaba en qué podían consistir las *«medidas adecuadas»* adoptadas por los poderes adjudicadores: separación del personal afectado del procedimiento de contratación y, *«cuando un conflicto de intereses no pueda ser eficazmente corregido por otros medios»*, la exclusión del candidato o licitador incurso en el mismo. Igualmente, de la Directiva finalmente aprobada desapareció la obligación de que los candidatos realizasen, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 22 de la Propuesta, *«una declaración por su honor de que no han realizado y no van a realizar»* ninguna conducta ilícita durante el proceso de adjudicación. Es decir, ni influenciar indebidamente la toma de decisiones, ni obtener informaciones confidenciales, ni establecer acuerdos colusorios con otros candidatos ni tampoco, en fin, proporcionar informaciones erróneas susceptibles de influir en las decisiones del poder adjudicador.

En realidad, la propuesta de Directiva se limitaba a reproducir lo dispuesto en la normativa presupuestaria y contractual aplicable a la administración comunitaria. En concreto, en el Reglamento comunitario 966/2012, de 25 de octubre, cuyos art. 57 (conflicto de intereses) y 107 (criterios de exclusión aplicables a las adjudicaciones) imponen directamente la separación del per-

sonal de la autoridad adjudicadora y la exclusión de los candidatos y licitadores incurso en conflicto de intereses, así como la imposición de sanciones administrativas y financieras a los candidatos u oferentes que proporcionen informaciones falsas (art. 109).

La vigente regulación de los conflictos de interés suscita la cuestión de cuáles sean sus consecuencias jurídicas, tanto para el contrato como para el personal del poder adjudicador y, en su caso, los candidatos y licitadores. De conformidad con el art. 57.4.e) de la Directiva, el conflicto de intereses constituye un supuesto de exclusión facultativa cuando no pueda ser eficazmente corregido a través de otros medios «*menos restrictivos*». Por su parte, de modo confuso, el art. 58 (criterios de selección) faculta a los poderes adjudicadores a suponer a que «*un operador económico no posee las capacidades profesionales necesarias si han establecido que este tiene conflictos de interés pueden incidir negativamente en la ejecución del contrato*».

Por lo demás, el conflicto de intereses no es, en principio, causa que habilite para resolver el contrato, dado que el art. 73 sólo contempla como motivo de rescisión los supuestos de exclusión obligatoria enumerados en el art. 57.1, entre los que no se encuentra el conflicto de intereses. Sólo en el caso de que la situación fuese declarada por el Tribunal de Justicia como un incumplimiento grave del Derecho comunitario de la contratación pública un conflicto de intereses podría, de acuerdo con el art. 73.c), ser motivo de resolución del contrato.

B) En el Derecho español

Pendiente la transposición de las nuevas Directivas, la noción de conflicto de intereses en el ordenamiento español no se corresponde con la establecida por las nuevas Directivas. Ni la derogada Ley de Conflictos de Intereses de 2006 (32), ni el Estatuto Básico del Empleado Público (33) ni, tampoco, la Ley

(32) «A los efectos de esta ley, hay conflicto de intereses cuando los altos cargos intervinieren en las decisiones relacionadas con asuntos en los que confluyen a la vez intereses de su puesto público e intereses privados propios, de familiares directos, o intereses compartidos con terceras personas» (art. 4.1).

(33) El art. 53 (principios éticos) impone a los empleados públicos, entre otros, los deberes de abstenerse de participar «en aquellos asuntos en los que tengan un interés personal, así como de toda actividad privada o interés que pueda suponer un riesgo de plantear conflictos de intereses con su puesto público» y la prohibición de asumir obligaciones económicas o intervenir en «operaciones financieras, obligaciones patrimoniales o negocios jurídicos con personas o entidades cuando pueda suponer un conflicto de intereses con las obligaciones de su puesto público». El art. 95.2, letras j) y n), tipifica como faltas muy graves «La prevalencia de la condición de empleado público para obtener un beneficio indebido para sí o para otro» y el «incumplimiento de las normas sobre incompatibilidades cuando ello dé lugar a una situación de incompatibilidad».

de Transparencia (34) ofrecen un concepto de conflicto de intereses tan amplio como el utilizado por el legislador comunitario.

Con todo, lo más preocupante es que la Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del Ejercicio de los Altos Cargos en la Administración General del Estado, integrado en el denominado «Plan de Regeneración Democrática» promovido por el gobierno español, mantiene esta divergencia al determinar (art. 11.2) *«que un alto cargo está incurso en conflicto de intereses cuando la decisión que vaya a adoptar, de acuerdo con lo previsto en el artículo 15, pueda afectar a sus intereses personales, de naturaleza económica o profesional, por suponer un beneficio o un perjuicio a los mismos»*.

Tal y como apunta Agustí CERRILLO I MARTÍNEZ (35) debe criticarse que el proyecto emplee una noción de conflicto de intereses más restrictiva — por limitarse a la toma de decisiones y vincularse a la existencia de un beneficio o de un perjuicio — que la utilizada por las nuevas Directivas de Contratos y Concesiones Públicas (36) y en los documentos de la OCDE (37). Cabe pues concluir que *«la definición del conflicto de intereses que incorpora el proyecto de ley se ciñe a aquellos casos más graves que la doctrina, académica acostumbra a vincular con la corrupción entendida como aquel conflicto de intereses que supone un provecho para el alto cargo obteniendo una ganancia vulnerando el marco de referencia, que en aquellos casos en que el marco*

(34) El art. 26.b.5º de la Ley de Transparencia establece que los altos cargos incluidos en su ámbito de aplicación *«no se implicarán en situaciones, actividades o intereses incompatibles con sus funciones y se abstendrán de intervenir en los asunto sin que concurra alguna causa que pueda afectar a su objetividad»*. Por su parte, el art. 27 estipula que *«El incumplimiento de las normas de incompatibilidades o de las que regulan las declaraciones que han de realizar las personas comprendidas en el ámbito de este título será sancionado de conformidad con lo dispuesto en la normativa en materia de conflictos de intereses de la Administración General del Estado y para el resto de Administraciones de acuerdo con su propia normativa que resulte de aplicación»*.

(35) Cfr., *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, Comisiones, X Legislatura, nº 549, p. 9.

(36) Esta preocupación ya había sido manifestada por la Comisión Europea en la Comunicación sobre la Protección de los Intereses Financieros de la UE a través del Derecho Penal y la fiscalización administrativa [COM(2011) 293 final]: *«La OLAF se encuentra con un problema recurrente en lo que respecta a la definición de conflicto de intereses. Las investigaciones revelan que en algunos Estados miembros, los adjudicatarios de contratos públicos pueden participar en el diseño del pliego de condiciones sin cometer una infracción penal. La sanción de estos comportamientos debe consistir en una infracción penal, como la corrupción»* (la traducción es nuestra).

(37) *«Un conflicto de intereses representa un conflicto entre el deber público y los intereses privados de un empleado, cuando el empleado tiene a título particular intereses que podrían influir indebidamente en la forma correcta de ejercicio de sus funciones y responsabilidades oficiales»*, Cfr., OCDE (2004), *La gestión de los conflictos de intereses en el servicio público. Líneas directrices de la OCDE y experiencias nacionales*, INAP, Madrid, p. 4.

de referencia sea el Código Penal, será un delito punible de corrupción. Pero hay otros supuestos de corrupción que pueden ir más allá de lo previsto en el Código Penal y que por ello deberían ser reflejados en este texto» (38).

Sin embargo, más allá de las divergencias normativas, el principal obstáculo a la eficacia de estas previsiones es de carácter práctico: en el anexo correspondiente al Estado español, el ya mencionado Informe Anticorrupción de la UE destaca, junto con la falta de regulación legal de la actividad de los grupos de interés y la inexistencia de medidas específicas para la protección de los denunciantes en la legislación laboral y funcionarial, las dificultades para conocer los vínculos entre los intereses de los operadores económicos y los del personal de los poderes adjudicadores.

Parece, sin embargo, que no será la Ley Reguladora del Ejercicio de los Altos Cargos en la Administración General del Estado la que solucione el problema. Ciertamente, la ley contiene medidas preventivas tales como la formación de los altos cargos (39) o la exigencia de sendas declaraciones de actividades (art. 16) y de bienes y derechos (art. 17) que los altos cargos deben formular «en el plazo improrrogable de tres meses desde su toma de posesión o cese». Con relación a la primera, el texto introduce como novedad la obligación de remitir al Registro de Actividades de Altos Cargos certificación de las dos últimas declaraciones anuales anteriores a la toma de posesión así como la posibilidad de que la Oficina de Conflictos de Intereses solicite del Registro Mercantil, del de Fundaciones y de las entidades gestoras de la Seguridad Social cuantos datos precise para comprobar la exactitud de las referidas declaraciones. En cuanto a la segunda, el proyecto limita esta declaración a una certificación de la liquidación anual del Impuesto de Patrimonio o, de no estar el alto cargo obligado a tributar por él, a presentar «un formulario equivalente que elaborará la Oficina de Conflictos de Intereses en colaboración con la Agencia Estatal de Administración Tributaria». De este modo se deslegaliza, como advierte el Consejo de Estado, el contenido de la declaración de actividades. Esta degradación de rango normativo, que obviamente no se compadece con la importancia y la alarma social que el asunto provoca, resulta aún más llamativa de compararla con el detalle a que desciende el art. 12 de la derogada Ley 5/2006 (40) que, aunque sólo sea a

(38) Cfr., *Diario de Sesiones...*, cit., p. 10.

(39) Establecida por el art. 10 como obligación de los altos cargos de formarse, como deber de información a cargo de la Oficina de Conflictos de Intereses y, por último, como oferta de iniciativas formativas en materia de «conflictos de intereses y buen gobierno» promovidas por la citada Oficina.

(40) Precepto que, además de exigir la certificación de las correspondientes declaraciones tributarias, establecía que «La declaración patrimonial comprenderá, al menos, los siguientes extremos: (a) Los bienes, derechos y obligaciones patrimoniales que posean. (b) Los

título voluntario, preveía también que esta declaración pudiese ser presentada por el cónyuge del alto cargo o persona con el que éste conviva en análoga relación de afectividad (41). La ley, en vez de convertir en obligación esta posibilidad o incluso de extenderla a descendientes y personas sometidas a tutela del alto cargo, simplemente elimina cualquier referencia a la pareja y familia del alto cargo.

Nótese, por lo demás, que en contraste con el carácter público del Registro de Actividades, el de Bienes y Derechos Patrimoniales mantiene su carácter reservado aún cuando esté prevista, de conformidad con el RD 432/2009, de 27 de marzo, dar una publicidad limitada de estas declaraciones a través del BOE, previsión que la ley mantiene en términos idénticos a los que establecía en la Ley 5/2006, tras la modificación introducida por la DF 2ª de la Ley de Transparencia (42).

A pesar de los numerosos pasos atrás respecto de la normativa vigente, el refuerzo de la Oficina de Conflictos de Intereses sería, según los argumentos empleados por el gobierno español, razón suficiente para defender la necesidad del proyecto (43). Mas, ¿en qué consiste tal refuerzo? De acuerdo con

valores o activos financieros negociables. (c) Las participaciones societarias. (d) El objeto social de las sociedades de cualquier clase en las que tengan intereses el alto cargo, su cónyuge, sea cual sea el régimen económico matrimonial, o persona que conviva en análoga relación de afectividad e hijos dependientes y personas tuteladas. (e) Las sociedades participadas por aquellas otras que sean objeto de declaración según el apartado c) con señalamiento de sus respectivos objetos sociales».

(41) Recuérdese que el IV Informe GRECO recomendaba extender la obligación de formular declaraciones de bienes y actividades a los cónyuges de diputados y senadores. Parece que, aún con más razón, esta recomendación debería ser seguida en el caso de los altos cargos. Una muestra de la aplicación de esta incompatibilidad en el ámbito contractual en el Informe 13/2013, de 28 de noviembre, de la JCCA de Cataluña [director general de una empresa que mantiene una relación afectiva con una trabajadora de la entidad adjudicadora, aplicación del motivo de prohibición para contratar del art. 60.1.f) TRLCSP].

(42) El art. 21.5 de la ley establece que «El contenido de las declaraciones de bienes y derechos patrimoniales de los miembros del Gobierno y de los Secretarios de Estado y demás Altos Cargos se publicarán en el «Boletín Oficial del Estado», en los términos previstos reglamentariamente. En relación con los bienes patrimoniales, se publicará una declaración comprensiva de la situación patrimonial de estos Altos Cargos, omitiéndose aquellos datos referentes a su localización y salvaguardando la privacidad y seguridad de sus titulares». Un ejemplo de esta publicación en la Resolución de 23 de septiembre de 2014, de la Secretaría de Estado de Administraciones Públicas, BOE nº 232, de 24 de septiembre de 2014 (<https://www.boe.es/boe/dias/2014/09/24/pdfs/BOE-A-2014-9682.pdf>).

(43) El *Plan Nacional de Reformas 2014*, tras afirmar que el proyecto de ley «*cube un vacío legal y crea más obligaciones, control, fiscalización y transparencia para los altos cargos*» (p. 10) destaca como una de sus principales medidas la «*Creación de un sistema de alerta temprana de conflicto de intereses y el refuerzo de la Oficina de Conflictos de Intereses*» (p. 105). En ese mismo sentido, PENDÁS GARCÍA, Benigno, director del Centro de Estudios Políticos

la Exposición de Motivos, éste derivaría de la elevación de su rango administrativo, del control parlamentario del candidato designado para presidirla, de la mejor definición de sus funciones así como del establecimiento de vías de colaboración con la Agencia Tributaria, la Tesorería General de la Seguridad Social, el Registro Mercantil o el de Fundaciones. En cualquier caso, sin negar la relevancia de alguna de estas novedades, el cambio parece más cosmético que real por cuanto la Oficina sigue dependiendo orgánicamente del gobierno, su director es nombrado por el Consejo de Ministros a propuesta del titular de Hacienda y Administraciones Públicas —aunque lo sea después de la comparecencia del candidato ante la comisión parlamentaria competente. Tal y como recordó alguno de los comparecientes ante la Comisión Constitucional del Congreso en el curso de los debates sobre el Plan de Regeneración Democrática, citado el anexo relativo a España del Informe sobre Corrupción de la UE (44), la independencia respecto del gobierno es un requisito esencial para los organismos llamados a combatir la corrupción (45), exigido, además, por los instrumentos internacionales de prevención y combate a la corrupción ratificados por el Estado español (46).

y Constitucionales destacó, en el curso de su comparecencia ante la Comisión Constitucional del Congreso de los Diputados que, junto a los indicios de enriquecimiento injustificado del art. 23, la principal novedad del proyecto reside en el refuerzo de la citada Oficina.

(44) *«Como parte de un ministerio, la Oficina no es independiente y no tiene autonomía presupuestaria. La independencia constituye un elemento clave a la hora de garantizar las salvaguardias necesarias para una verificación imparcial de los bienes e intereses de los cargos públicos»* [cfr., Anexo España al Informe de lucha contra la corrupción de la UE, COM (2014) 38 final, p. 11].

(45) Comparecencia de VAQUER CABALLERÍA, Marcos (cfr., *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, ibid., p. 8). Compartir la crítica no supone, en cualquier caso, asumir la alternativa propuesta: la integración de la Oficina de Conflictos de Intereses en el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno creado por la Ley 19/2013 que, al fin y al cabo, también está adscrito al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, hasta el punto de que su Presidente es nombrado por el Consejo de Ministros a propuesta del titular de ese departamento (cfr., art. 33 y 37 LT).

(46) También en este sentido CERRILLO i MARTÍNEZ, Agustí, *Diario de Sesiones ...*, cit., p. 10: *«España es parte de la Convención contra la corrupción de las Naciones Unidas y también del Convenio penal sobre corrupción del Consejo de Europa que establecen la necesidad de crear un organismo independiente especializado y dotado con los recursos suficientes para llevar a cabo las actividades de lucha y prevención de la corrupción, entendida ésta en sentido amplio»*.

C) Conflictos de intereses y concesiones

El «Informe sobre fiscalización de los peajes en sombra» elaborado por el *Consello de Contas* gallego (47) revela que en todos los contratos objeto de fiscalización —cinco contratos de concesión de obra pública para la construcción y explotación de autovías— la administración gallega contó con el asesoramiento de empresas externas para la preparación del contrato, la valoración de las ofertas y el control de la ejecución de las obras. Esta participación de empresas de consultoría puede suponer un conflicto de intereses, riesgo que se incrementa al comprobar que, frecuentemente, es una única empresa la que realiza estas tres funciones en relación con un mismo contrato. Máxime cuando estas consultoras colaboran habitualmente con las adjudicatarias, seleccionadas y controladas por ellas, en otros contratos. De acuerdo con la información comercial facilitada por las propias consultoras, esta colaboración parece habitual (48).

Sin embargo, en el art. 35 de la Directiva de concesiones las referencias a los conflictos de intereses son bastante más limitadas que en la de contratación pública:

«Los Estados miembros exigirán a los poderes adjudicadores y a las entidades adjudicadoras que tomen las medidas adecuadas para luchar contra el fraude, el favoritismo y la corrupción y prevenir, detectar y solucionar de modo efectivo los conflictos de intereses que puedan surgir en los procedimientos de adjudicación de concesiones a fin de evitar cualquier distorsión de la competencia y garantizar la transparencia del procedimiento de adjudicación y la igualdad de trato de todos los candidatos y licitadores.»

El concepto de «conflicto de intereses» abarcará al menos cualquier situación en la que los miembros del personal del poder o entidad adjudicador que participen en el desarrollo del procedimiento de adjudicación de una concesión o puedan influir en el resultado de dicho procedimiento tengan, directa o indirectamente, un interés financiero, económico o particular que pudiera parecer que compromete su imparcialidad e independencia en el contexto del procedimiento de adjudicación de la concesión.»

(47) http://www.ccontasgalicia.es/files/informes/2008/Peaxe_en_sombra_2008_G.pdf.

(48) «En Estados Unidos inicia Eptisa la actividad trabajando para las principales empresas constructoras de grandes infraestructuras afincadas en la zona, participando con Dragados en el proyecto de ingeniería más importante de Florida de los últimos 50 años, las mejoras de la autopista I-595». [Cfr., <http://www.eptisa.com/es/eptisa-en-el-mundo/america/>, acceso 24/08/2014]. En el caso de la autovía Santiago-Brión, adjudicada a la empresa Dragados, la UTE Eptisa-Idasa fue contratada para asesorar a la administración gallega en la preparación, adjudicación y control de la ejecución del contrato vid. *Informe...*, cit., p. 17, cuadro 1; p. 24, cuadro 5; p. 36, cuadro 11; p. 49, cuadro 18; y p. 101 y 102).

En lo relativo a los conflictos de interés, las medidas adoptadas no irán más allá de lo estrictamente necesario para impedir posibles conflictos de interés o eliminar los conflictos detectados».

Nótese que la diferencia fundamental reside en que los sujetos del conflicto de intereses son, exclusivamente, los «miembros del personal del poder adjudicador o entidad adjudicadora que participen en el desarrollo del procedimiento de adjudicación de una concesión o puedan influir en el resultado de dicho procedimiento» omitiéndose cualquier referencia a los «proveedores de servicios de contratación que actúe en nombre del poder adjudicador» a los que sí alude expresamente el art. 24 de la Directiva de contratación pública. Aunque todo indique que la omisión no es casual, debería concluirse que conductas como las anteriormente descritas se subsumen en la noción genérica de «fraude», «favoritismo» y «corrupción» del primer párrafo del precepto y ser, por tanto, objeto de persecución.

2. Exclusión de candidatos y licitadores

A) Sobre el concepto de corrupción

La exclusión obligatoria de candidatos o licitadores por la comisión de delitos de corrupción, fraude, blanqueo de capitales o pertenencia a una organización delictiva ya estaba prevista en la Directiva 18/2004. Esta Directiva también preveía la exclusión facultativa para el caso de encontrarse el candidato o licitador en situación de insolvencia, haber sido condenado por algún delito que afecte a su «moralidad profesional», no haber cumplido con sus obligaciones en materia tributaria o de seguridad social, haber cometido alguna falta grave en materia profesional o haber proporcionado informaciones falsas en el curso del procedimiento de contratación. Igualmente, preveía la posibilidad de exceptuar, por motivos de interés general, la aplicación de estos motivos de exclusión así como que la prueba de no estar incurso en ninguna causa de exclusión debía realizar por medio de certificados oficiales.

Las nuevas Directivas de 2014, tanto la de contratación pública como la de concesiones, completan el marco ya descrito con la previsión de nuevos motivos —en especial los relativos al incumplimiento de la normativa laboral o ambiental, tipificada ahora como causa de exclusión obligatoria y el conflicto de intereses—, una regulación más detallada de los medios de prueba y, sobre todo, con la introducción de las denominadas medidas de autocorrección.

Persisten, sin embargo, los problemas que suscitaba la normativa anterior: (a) la falta de armonización entre los Estados miembros en materia penal; (b) la inexistencia de una base de datos unificada a nivel europeo que permita conocer, en tiempo real, las condenas y resoluciones dictadas por las autoridades de los diferentes Estados; y (c) la previsión de excepciones singulares a la

aplicación de los motivos de exclusión obligatorios que, obviamente, pueden ser utilizadas como puertas abiertas al fraude (49).

El primero de los problemas apuntados deriva de que, según lo dispuesto en el art. 10 del Protocolo 36 del Tratado de Lisboa, hasta el 1 de diciembre de 2014, las instituciones europeas no asumirán plenas competencias en materia penal —es decir, en lo relativo a los ámbitos delictivos de especial gravedad y repercusión transfronteriza entre los que se cuenta la corrupción (art. 83 TFUE). Es por esa razón que el legislador europeo se negó a incluir en las Directivas una definición autónoma y vinculante para los Estados miembros de lo que deba entenderse por delitos de corrupción, limitándose a efectuar una remisión a normas comunitarias no obligatorias y a las respectivas legislaciones estatales. Pero, todo sea dicho, este argumento no resulta convincente si se atiende a que el plazo de transposición de las Directivas vence más tarde que el 1 de diciembre de 2014 (50). Así las cosas, los art. 57.1.b) de la Directiva de contratos y 38.4.b) de la de concesiones se remiten a la noción de corrupción recogida en la Decisión-Marco 2003/568/JAI, del Consejo, relativa al combate contra la corrupción en el sector privado, para la cual debe entenderse por corrupción activa «*prometer, ofrecer o entregar, directamente o a través de un intermediario, a una persona que desempeñe funciones directivas o laborales de cualquier tipo para una entidad del sector privado, una ventaja indebida de cualquier naturaleza para dicha persona o para un tercero, para que ésta realice o se abstenga de realizar un acto incumpliendo sus obligaciones*» (51).

En el caso español, las divergencias estriban en que mientras el art. 286 bis de Código Penal tipifica el delito de corrupción entre particulares en términos idénticos a los establecidos por la Decisión-Marco 2003/568/JAI, el delito de cohecho activo tipificado en el art. 424 sólo enumera como conductas típicas la oferta y la entrega, pero no la promesa.

Por lo demás, el art. 60.1.a) TRLCSP, al enumerar como prohibición para contratar la condena por delitos de corrupción, se refiere a los de «*corrupción en transacciones económicas internacionales*» (cuando el art. 445 CP habla de «*corrupción en transacciones comerciales internacionales*», en línea con la

(49) Vid. art. 57.3 de la Directiva de contratos y 38.6 de la de concesiones.

(50) El plazo general, para las dos Directivas, es el 18 de abril de 2016.

(51) Definición que coincide sustancialmente con la establecida, ya en 1997, por el Convenio para el combate contra los actos de corrupción en que estén implicados funcionarios de la UE o de sus Estados miembros. El deficiente cumplimiento por parte de los Estados de estas iniciativas penales de la UE fue denunciado por la propia Comisión en el Informe dirigido al Consejo relativo al cumplimiento de la Decisión-Marco 2003/568/JAI sobre corrupción en el sector privado, que concluye lamentando «*que la transposición de esta decisión— marco esté tan retrasada en los Estados miembros*». Por más que desde 2007 las cosas hayan mejorado algo, el problema de fondo permanece.

denominación empleada por el Convenio auspiciado por la OCDE], «tráfico de influencias», «fraudes y exacciones ilegales», «malversación», «receptación» y «conductas afines». Quedan sin enumerar otros delitos que, en buena lógica, deberían englobarse en el concepto de corrupción recogido por las Directivas tales como las prevaricaciones contractuales o, desde luego, el ya referido de «*corrupción entre particulares*» del actual art. 286 bis CP o el de «*alteración de precios en subastas o concursos públicos*» del art. 262 CP que, junto con la pena de prisión, prevé expresamente la de inhabilitación especial para contratar con las Administraciones Públicas por tiempo de tres a cinco años. Se halla en tramitación un proyecto de reforma del Código Penal español, que va a afectar a la regulación de varios delitos relacionados con la corrupción como, entre otros, el art. 286 bis (52).

Algo similar sucede en relación con el delito de fraude (art. 57.1.c), que la Directiva define por remisión al art. 1 de la Convención para la protección de los intereses financieros de la UE, instrumento elaborado en 1995 (53) en cuya virtud los Estados miembros firmantes se comprometen a tipificar penalmente el fraude al presupuesto comunitario castigándolo, en los casos más graves, con penas privativas de libertad susceptibles de permitir la extradición. Los problemas, en este caso, derivan del diferente tratamiento que el CP español otorga al fraude de fondos europeos (art. 306) y al fraude de subvenciones

(52) Que, con una nueva numeración (art. 286 ter), completaría la descripción de la conducta típica en los términos siguientes: «*Quien por sí o por persona interpuesta prometa, ofrezca o conceda a directivos, administradores, empleados o colaboradores de una empresa mercantil o de una sociedad, un beneficio o ventaja no justificados de cualquier naturaleza, en beneficio de éstos o de otro, para que le favorezca a él o a un tercero frente a otros, incumpliendo sus obligaciones en la adquisición o venta de mercancías, contratación de servicios o en las relaciones comerciales, será castigado con la pena de prisión de seis meses a cuatro años, inhabilitación especial para el ejercicio de industria o comercio por tiempo de uno a seis años y multa del tanto al triple del valor del beneficio o ventaja*».

(53) «1. A efectos del presente Convenio será constitutivo de fraude que afecta a los intereses financieros de las Comunidades Europeas(a) en materia de gastos, cualquier acción u omisión intencionada relativa: –a la utilización o a la presentación de declaraciones o de documentos falsos, inexactos o incompletos, que tengan por efecto la percepción o la retención indebida de fondos procedentes del presupuesto general de las Comunidades Europeas o de los presupuestos administrados por las Comunidades Europeas o por su cuenta; –al incumplimiento de una obligación expresa de comunicar una información que tenga el mismo efecto; –al desvío de esos mismos fondos con otros fines distintos de aquéllos para los que fueron concedidos en un principio;(b) en materia de ingresos, cualquier acción u omisión intencionada relativa: –a la utilización o a la presentación de declaraciones o de documentos falsos, inexactos o incompletos, que tengan por efecto la disminución ilegal de los recursos del presupuesto general de las Comunidades Europeas o de los presupuestos administrados por las Comunidades Europeas o por su cuenta; –al incumplimiento de una obligación expresa de comunicar una información que tenga el mismo efecto; –al desvío de un derecho obtenido legalmente que tenga el mismo efecto».

(art. 308). Y es que, diferencias cuantitativas aparte, el último de los tipos citados prevé que el reintegro de las cantidades defraudadas pueda excluir la responsabilidad criminal, previsión no contemplada para el caso de que el fraude afecte al presupuesto europeo.

Como cláusula de garantía, el apartado 5 del art. 57 (y, en sentido idéntico, el 8 del art. 38 de la Directiva de concesiones) prevé que estos motivos, tanto los imperativos como los facultativos, pensados para impedir ya de inicio la participación en el procedimiento de contratación, puedan operar en cualquier fase del mismo.

B) Inexistencia de bases de datos de condenas por corrupción a nivel europeo

A diferencia de lo dispuesto por el Reglamento 966/2012 para la contratación de las instituciones comunitarias (54), las Directivas de 2014 no prevén la creación de una base de datos europea en materia de exclusiones para contratar. La Directiva de contratación se limita a recomendar la cooperación entre los Estados miembros, al establecer que *«los Estados miembros se prestarán asistencia recíproca y tomarán medidas para cooperar de forma eficaz entre sí, con el fin de garantizar el intercambio de información sobre las cuestiones mencionadas en los artículos 42, 43, 44, 57, 59, 60, 62, 64 y 69. Deberán garantizar la confidencialidad de la información que intercambie»* previsión que, como se puede comprobar, alude directamente a las exclusiones.

C) Autocorrección

Extendiendo la posibilidad ya establecida en el ordenamiento de algunos Estados miembros y siguiendo la línea indicada por ciertos autores (55), las nuevas Directivas recogen la denominada autocorrección, es decir, la posibilidad de que una empresa incurso en algún motivo de exclusión, obligatorio o facultativo, pueda ser admitida al procedimiento de contratación tras compensar el daño causado y/o adoptar medidas que aseguren que no incurrirá de nuevo en esas situaciones o conductas. En concreto, el apartado 6º del art. 57 de la Directiva de contratación dispone:

(54) En efecto, el art. 108 prevé la creación de una base de datos central de exclusiones en que serán registrados todos los candidatos y licitadores incurso en algún motivo de exclusión. Sin embargo, esta previsión, que ya constaba en Reglamentos financieros anteriores, dista de ser eficaz debido al limitado uso que de ella hacen unos Estados miembros que, por lo general, prefieren emplear sus propias bases de datos.

(55) Vid. ARROWSMITH; PRIESS y FRITON (2009).

«Todo operador económico que se encuentre en alguna de las situaciones contempladas en los apartados 1 y 4 podrá presentar pruebas de que las medidas adoptadas por él son suficientes para demostrar su fiabilidad pese a la existencia de un motivo de exclusión pertinente. Si dichas pruebas se consideran suficientes, el operador económico de que se trate no quedará excluido del procedimiento de contratación.»

A tal efecto, el operador económico deberá demostrar que ha pagado o se ha comprometido a pagar la indemnización correspondiente por cualquier daño causado por la infracción penal o la falta, que ha aclarado los hechos y circunstancias de manera exhaustiva colaborando activamente con las autoridades investigadoras y que ha adoptado medidas técnicas, organizativas y de personal concretas, apropiadas para evitar nuevas infracciones penales o faltas.

Las medidas adoptadas por los operadores económicos se evaluarán teniendo en cuenta la gravedad y las circunstancias particulares de la infracción penal o la falta. Cuando las medidas se consideren insuficientes, el operador económico recibirá una motivación de dicha decisión.

Los operadores económicos que hayan sido excluidos por sentencia firme de la participación en procedimientos de contratación o de adjudicación de concesiones no tendrán derecho a acogerse a la posibilidad prevista en el presente apartado durante el período de exclusión resultante de dicha sentencia en el Estado miembro en el que la sentencia sea ejecutiva».

Se trata, en definitiva, de aplicar en el ámbito de la contratación pública las medidas que, en el marco de las actuales políticas de lucha contra la corrupción, benefician a las empresas y, en especial, a las grandes consultoras internacionales (56). En la actualidad, el Código Penal español ya contempla estas medidas de «compliance» como circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas (57). La reforma del Código Penal de marzo de 2015 establece que contar con un modelo de prevención de la antes de la comisión del delito exime a la empresa de cualquier responsabilidad penal (58).

(56) Sobre la industria de la lucha contra la corrupción, vid. SAMPSON (2010).

(57) El vigente art. 31.bis CP estipula que la responsabilidad penal puede atenuarse cuando se demuestre «haber establecido, antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica».

(58) Lo cual, a mi parecer, constituye una contradicción evidente: el hecho de que el delito se haya cometido desmiente la eficacia preventiva de un sistema que, incluso en ese caso, sí sirve para eximir a la empresa de responsabilidad.

VI. GOBERNANZA

Las nuevas Directivas contienen previsiones de carácter organizativo e informativo que, a pesar de su alcance general, poseen una especial relevancia en lo que respecta a la prevención y a la persecución de la corrupción y el fraude. Disposiciones sobre la instauración de organismos de supervisión a nivel estatal, sobre la conservación de contratos y expedientes, acerca de la elaboración y remisión de informes, generales e individuales, así como sobre el establecimiento de deberes generales de cooperación entre los diferentes Estados miembros, también con una incidencia especial sobre las medidas generales y particulares que, en materia de integridad, contemplan las Directivas.

Apúntese, en todo caso, que entre las Propuestas de 2011 y la versión final de las Directivas de 2014 se registra un evidente recorte resultando, al fin, unas previsiones mucho menos ambiciosas de lo que en un principio se había previsto.

1. Órganos de supervisión

En principio, las Propuestas de 2011 preveían la creación de un único órgano de supervisión en cada uno de los Estados miembros, con funciones de seguimiento, asesoramiento, consulta, control y denuncia extendidas a la contratación del conjunto de los poderes adjudicadores. En coherencia con esas tareas, los Estados debían asegurar a ese órgano único la legitimación para impugnar, en vía administrativa y judicial, las irregularidades detectadas así como comunicarles todos los contratos de obras adjudicados por valor superior a 10 M€ y de suministros y servicios superiores a 1 M€ aparte de facilitarles pleno acceso a los demás cuando así lo solicitaran. Ese organismo, además, actuaría como *«punto de contacto específico»* con la Comisión en el ejercicio de las competencias a ésta atribuidas de control de la aplicación del Derecho y de ejecución del presupuesto de la UE.

Mas, como ya fue indicado, las Directivas no exigen que se cree un órgano estatal único con las características ya vistas sino, más modestamente, que los Estados designen *«una o más autoridades, organismos o estructuras»* a las que encomendar las misiones previstas en el art. 83 reguladas, por lo demás, en términos muchos menos amplios que en la Propuesta. En concreto, nada se dice acerca de reconocerles legitimación para impugnar las irregularidades advertidas, atribuyéndoles, en compensación, apenas la facultad de *«señalar esos problemas a las autoridades de auditoría, órganos jurisdiccionales u otras autoridades, organismos o estructuras nacionales adecuados como el Defensor del Pueblo o las respectivas comisiones parlamentarias»*.

2. Informes

En las Propuestas de 2011, aquel órgano único debía elaborar, con periodicidad anual, un informe específico en el cual, entre otros aspectos, había que hacer referencia expresa a casos de corrupción, fraude e irregularidades graves que afectasen a la contratación pública. Sin embargo, la versión final de las Directivas dispone que el primero de estos informes habrá de elaborarse antes del 18 de abril de 2017 y, de ahí en adelante, cada tres años.

Al margen de estos informes periódicos, se prevé también la elaboración de informes individuales por parte de los poderes adjudicadoras en relación con todos los contratos incluidos en el ámbito de aplicación de la Directiva de contratación en el cual, entre otros aspectos, se informe de los «*conflictos de intereses detectados y de las medidas tomadas al respecto*».

3. Cooperación administrativa

Finalmente, el art. 86 de la Directiva de contratación dirige a los Estados miembros un deber genérico de cooperación entre ellos, que se concreta en materias como el establecimiento de especificaciones técnicas, etiquetas, exclusiones de candidatos y licitadores, criterios de selección de candidatos y licitadores, documento único europeo de contratación, medios de prueba de la solvencia y de la capacidad, normas ambientales y de calidad, listas oficiales de contratistas y ofertas anormalmente bajas o temerarias.

VII. UN PROBLEMA PENDIENTE: LA EFECTIVIDAD DE LOS CONTRATOS AFECTADOS POR ACTOS DE CORRUPCIÓN (59)

Sin perjuicio del principio de proporcionalidad, tanto las nuevas Directivas como la práctica totalidad de los instrumentos internacionales en materia de corrupción ratificados por el Estado español imponen la anulación de los contratos celebrados como consecuencia de un acto de corrupción o en los que el contratista se halle incurso en un supuesto de exclusión derivado de la comisión de un delito de corrupción. Bajo fórmulas diversas, tanto la Convención de la OCDE contra la corrupción de funcionarios públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales (1997) (60), como el Convenio

(59) Un análisis exhaustivo de esta cuestión en AYMERICH CANO (2015).

(60) El art. 3.3 de esta Convención dispone que «*Cada Parte tomará las medidas que sean necesarias para disponer que el soborno y el producto de la corrupción de un agente público extranjero o los bienes cuyo valor corresponda al de ese producto, estén sujetos a embargo y confiscación, o para que sean aplicables sanciones pecuniarias de efecto comparable*», previsión general que los comentarios elaborados por la Conferencia Negociadora el

Civil en materia de corrupción del Consejo de Europa (1999) (61) y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (2004) (62) recogen una obligación también prevista por el art. 73 de la Directiva de contratación pública y el 44 de la de Concesiones. En éstas, en efecto, se dispone que los Estados miembros deben dotar a los poderes adjudicadores de la potestad de resolver los contratos y concesiones cuando el contratista haya sido condenado por sentencia firme por la comisión de, entre otros, delitos de corrupción o, en todo caso, cuando «*el contrato no hubiera debido adjudicarse al contratista en vista de la existencia de un incumplimiento grave de las obligaciones establecidas en los Tratados y en la presente Directiva, declarado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en un procedimiento con arreglo al artículo 258 del TFUE*», supuesto en el que también tienen acogida actos de corrupción que no hayan sido objeto de condena penal.

En principio el ordenamiento español ya cumple con este mandato. En efecto, el art. 32 TRLCSP enumera como causas de nulidad de los contratos públicos «*las indicadas en el art. 62.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre*» —entre las que se incluye, como es sabido, la que los actos «*sean constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de ésta*» [art. 62.1.d) LPAC]— y, entre otras, hallarse incurso el contratista «*en alguna de las prohibiciones para contratar señaladas en el art. 60*» —que, como sabemos, hace referencia tanto a los delitos de corrupción (art. 60.1.a) como a las situaciones de incompatibilidades y conflictos de intereses regulados en la legislación de empleo público, altos cargos e incompatibilidades (art. 60.1.f). Por lo demás, la anulación de un acto preparatorio o del acto de adjudicación «*llevará en todo caso consigo la del mismo contrato, que entrará en fase de liquidación*» (art. 35.1 TRLCSP).

El problema, sin embargo, es la falta de efectividad de estas previsiones legales, especialmente en lo que se refiere a la exclusión de la contratación

21 de noviembre de 1997 explican en los términos siguientes en sus párrafos 21 y 22: «*El “producto” de la corrupción son los beneficios u otras ventajas que el corruptor obtenga de la transacción o cualquier otro beneficio irregular que se haya obtenido o conservado por medio del acto de corrupción. El término “confiscación” incluye, en su caso, la caducidad de los derechos e implica la privación permanente de la propiedad por decisión de un tribunal o de otra autoridad competente sin perjuicio de los derechos de las víctimas.*»

(61) El art. 8 del Convenio, bajo el expresivo título de «*Validez de contratos*», dispone que «*cada Parte dispondrá en su Derecho interno la nulidad de todo contrato o de toda cláusula contractual que tenga por objeto un acto de corrupción.*»

(62) El art. 9.1.e) de la Convención obliga a los Estados partes a establecer sistemas adecuados de contratación pública que aborden «*cuando proceda, la adopción de medidas para reglamentar las cuestiones relativas al personal encargado de la contratación pública, en particular declaraciones de interés respecto de determinadas contrataciones públicas, procedimientos de preselección y requisitos de capacitación.*»

pública de las empresas incurso en prácticas corruptas declaradas en sentencia firme (63) y a la anulación y consiguiente resolución de los contratos adjudicados como consecuencia de prácticas corruptas. Para sorpresa e indignación de la opinión pública, la condena penal de los responsables de delitos de cohecho, prevaricación o tráfico de influencias no se ve seguida de la anulación y consecuente liquidación de los contratos afectados.

Dejando al margen la compleja cuestión de la relación entre la jurisdicción penal y la contencioso-administrativa (en particular por lo que hace a la prejudicialidad administrativa en el proceso penal), lo cierto es que a diferencia de lo previsto en otros tipos delictivos como los relacionados con la ordenación del territorio, el urbanismo y el patrimonio histórico (64), los tipos delictivos aplicables a la corrupción contractual no apoderan al juez penal para dejar sin efecto el contrato, decisión que sólo de forma muy forzada podría calificarse como responsabilidad civil derivada del delito o falta. Sin duda, el incumplimiento de la benemérita previsión del art. 324 LECrim (65), en especial en los macroprocesos por corrupción mayoritariamente relacionados con la contratación pública (66), contribuye a la falta de repercusiones administrativas de las condenas penales por prevaricación, en especial cuando de contratos de obras o de suministros se trata por cuanto lo habitual será que al tiempo de dictarse sentencia el contrato ya se haya ejecutado (67). Tratándose de contratos de larga duración, como las concesiones de servicios públicos, parece que la falta de interés de la Administración por anularlos no puede ampararse en las demoras de la justicia penal.

(63) Recuerda MEDINA ARNÁIZ (2014: p. 334) que no fue aclarada incurso en prohibición para contratar ninguna de las empresas que, según declara como hechos probados la STS de 21 de diciembre de 1999 (caso Roldán), pagaron al director general de la Guardia Civil elevadas comisiones por obras o servicios, algunos de los cuales ni siquiera se llegaron a prestar. Lo mismo sucedió con las empresas que, de acuerdo con los hechos probados de la STS de 28 de marzo de 2001 (caso Urralburu), pagaron también importantes comisiones al presidente del gobierno navarro a cambio de la adjudicación de contratos.

(64) En los que el propio Código prevé que la sentencia penal ordene la «demolición de la obra y la reposición de la realidad física alterada» (art. 319 CP), la «reconstrucción o restauración de la obra» (art. 321 CP) o la «adopción de medidas encaminadas a restaurar, en lo posible, el bien dañado» (art. 323 CP), en todos los casos «sin perjuicio de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe». Un análisis crítico de la jurisprudencia penal, en particular en lo que se refiere a la anulación de licencias urbanísticas, en BAUZÁ MARTORELL (2014: pp. 233 y ss.).

(65) Según el cual la instrucción no debe ser de duración superior a un mes.

(66) Vid. MORALES PRATS (2009: pp. 23 y ss.).

(67) Y en el supuesto, claro está, de que ésta sea condenatoria pues con más frecuencia de la que sería deseable estos macroprocesos dan lugar, en el mejor de los casos, a micropenas.

Sea como fuere, lo cierto es que la penalización del control de la Administración Pública (68) deriva, paradójicamente, en inmunidad de la actuación administrativa. Son condenadas las autoridades y funcionarios responsables o, muy raramente, los directivos de las empresas beneficiadas. Sin embargo, los contratos obtenidos a través de prácticas corruptas siguen siendo plenamente eficaces en contra de lo dispuesto en los convenios internacionales de lucha contra la corrupción ratificados por el Estado español. El cumplimiento de estas obligaciones de Derecho internacional y la transposición de las nuevas Directivas en materia de contratos y concesiones públicas convierten en inaplazables reformas legales que permitan, bien por medio de reenvío a la jurisdicción contencioso-administrativa o bien apoderando a la penal, anular y dejar sin efecto los contratos públicos adjudicados en virtud de prácticas corruptas.

VIII. CONCLUSIÓN

Tal y como apuntaba el Libro Verde de 2011, la reforma del Derecho comunitario de la contratación pública se produce en un contexto contradictorio: la voluntad de flexibilizar los procedimientos en beneficio de las PYME y las administraciones locales puede entrar en contradicción con las cautelas que, en forma de nuevos trámites y requisitos procedimentales, derivan de la lucha contra la corrupción; el aumento de la discrecionalidad administrativa se compadece mal con la tendencia general a incrementar la seguridad jurídica de los licitadores y el control de la actividad contractual; y, por último, la tendencia a centralizar y agrupar la contratación puede poner en riesgo el acceso de las PYME a la contratación pública y provocar que fórmulas justificadas en nombre de la eficiencia restrinjan indebidamente la competencia en el mercado de la contratación pública.

Aprobadas las nuevas Directivas, cabe cuestionarse si, en ellas, el legislador comunitario ha logrado alcanzar un compromiso equilibrado entre objetivos, al menos en principio, antitéticos. Como suele suceder en estos casos, más que la letra de la norma será la aplicación que de la misma se haga la que permita emitir un juicio definitivo. Mas, aún asumiendo el riesgo de un juicio apresurado, parece que las nuevas medidas de prevención y lucha contra la corrupción incorporadas en las nuevas Directivas no tienen entidad suficiente para compensar los nuevos riesgos creados por una normativa que, contradiciendo la línea de reducción de la discrecionalidad seguida hasta el momento, otorga a los poderes adjudicadores amplias potestades de negociación de los términos del contrato y una amplia libertad para la selección de los contratistas.

(68) Abiertamente criticada desde la doctrina administrativista por autores como MUÑOZ MACHADO (2011: p. 82) o TORNOS MAS (2014: p. 11 y ss.).

IX. BIBLIOGRAFÍA

- ARROWSMITH, Sue; PRIESS, Hans Joachim y FRITON, Pascal (2009), «Self-cleaning as a defence to exclusions for misconduct: an emerging concept in EC public procurement law?», *Public Procurement Law Review* 18-2.
- AYMERICH CANO, Carlos (2015), *Un problema pendiente: la anulación de los contratos administrativos afectados por actos de corrupción*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor.
- BAUZÁ MARTORELL, Felio José (2014), «El acto administrativo: entre validez y delito (la anulación de actos administrativos por el juez penal)», en *REDA* 163.
- GIMENO FELIÚ, José María (2010) «La Ley de Contratos del Sector Público ¿una herramienta eficaz para garantizar la integridad?. Mecanismos de control de la corrupción en la contratación pública», *REDA* n° 147, p. 525 y ss.
- GIMENO FELIÚ, José María (2013) «Las nuevas directivas —cuarta generación— en materia de contratación pública. Hacia una estrategia eficiente en compra pública», *REDA* n° 159.
- MEDINA ARNÁIZ, Teresa (2014) (cfr., «Instrumentos jurídicos frente a la corrupción en la contratación pública: perspectiva europea y su incidencia en la legislación española», en *La contratación pública a debate: presente y futuro*, FERNÁNDEZ ACEVEDO, Rafael y VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, Patricia, coord., Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2014.
- MORALES PRATS, Fermín (2009), «La responsabilidad penal en el ámbito local: el modelo de instrucción penal. Disfunciones y propuestas de reforma», en *La responsabilidad penal en la Administración Pública*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Barcelona.
- MORENO MOLINA, José Antonio (2009), ««Un mundo para Sara». Una nueva categoría en el Derecho español de la contratación pública: los contratos sujetos a regulación armonizada», *RAP* n° 178.
- MORENO MOLINA, José Antonio y DOMÍNGUEZ ALONSO, Alma Patricia (2014), «El nuevo Derecho de la Unión Europea sobre Contratación Pública», en *La contratación pública a debate. Presente y futuro*, FERNÁNDEZ ACEVEDO, Rafael y VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, Patricia (coords.), Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor
- MUÑOZ MACHADO, Santiago (2011) en *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, tomo I, Iustel, Madrid.
- OCDE (2004), *La gestión de los conflictos de intereses en el servicio público. Líneas directrices de la OCDE y experiencias nacionales*, INAP, Madrid.
- SAMPSON, Steven (2010), «The Anticorruption Industry: from movement to institution» (<http://www.lunduniversity.lu.se/o.o.i.s?id=12683&postid=1540462>).
- TORNOS MAS, Joaquín (2014) en «¿Quién debe ejercer el ius puniendi del Estado?», *REDA* n° 161.

LA COMISIÓN DE INVESTIGACIÓN DE ACCIDENTES E INCIDENTES DE LA AVIACIÓN CIVIL (*) (**)

AINA SALOM PARETS

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.– II. NATURALEZA JURÍDICA DE LA COMISIÓN DE INVESTIGACIÓN DE ACCIDENTES E INCIDENTES DE LA AVIACIÓN CIVIL: 1. Planteamiento. 2. Composición.– III. FUNCIONAMIENTO DE LA COMISIÓN DE INVESTIGACIÓN DE ACCIDENTES E INCIDENTES DE LA AVIACIÓN CIVIL. CONVENIENCIA DE APROBAR SU NORMA DE FUNCIONAMIENTO: 1. Planteamiento. 2. En concreto, la conveniencia de dictar una norma propia de funcionamiento de la CIAIAC.– IV. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: La composición de la Comisión de Investigación de Accidentes e Incidentes de la Aviación Civil, (en adelante, CIAIAC), tiene gran relevancia; pues viene marcada por la independencia funcional de sus miembros y el prestigio y competencia profesional en el sector de la aviación civil. En este estudio se incide en dicha composición y en los cambios que ha experimentado con las recientes regulaciones europeas. Igualmente, en lo que se refiere a sus normas de funcionamiento, se analiza y se defiende la necesidad de aprobar una norma de funcionamiento propia que permita recoger las peculiaridades propias de este órgano.

Palabras clave: comisión; órganos colegiados; accidentes aéreos; aviación civil; normas de funcionamiento interno.

ABSTRACT: The composition of the Commission for Investigation of Accidents and Incidents of Civil Aviation (CIAIAC), has great relevance; it is marked by the functional independence of its members and the reputation and professional competence in the field of civil aviation. This study is incised in said composition and the changes experienced in the recent European regulations. Similarly, when it applies to any new operating rules, it is analyzed and the need to adopt a standard of its own operation in order to collect their own peculiarities of this organ defiente.

Key words: commission; plane crashes; civil aviation; internal operating rules.

(*) Trabajo recibido en esta REVISTA el 13 de julio de 2015 y evaluado favorablemente para su publicación el 19 de octubre de 2015.

(**) Este artículo se ha elaborado en el desarrollo del Proyecto de Investigación «Estudio interdisciplinar de la nueva normativa aeronáutica sobre seguridad aérea e investigación de accidentes e incidentes aéreos graves» (DER2011-24446), del que Irene Nadal Gómez es la investigadora principal y que ha sido concedido y financiado por el Ministerio de Ciencia y Educación en la Convocatoria de 2011, con plazo de desarrollo de 2012 a 2015.

I. INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo se analiza la naturaleza jurídica y principales funciones de la Comisión de Investigación de Accidentes e Incidentes de la Aviación Civil (en adelante, CIAIAC), órgano colegiado especializado, adscrito al Ministerio de Fomento, al que corresponde la investigación técnica de los accidentes e incidentes graves de aviación civil. Siguiendo lo establecido en el Programa Operacional para la Aviación Civil (1), la investigación técnica de los accidentes e incidentes graves de aviación civil se realiza conforme a lo establecido en:

- la Ley 21/2003, de 7 de julio, de Seguridad Aérea, modificada por la Ley 1/2011, de 4 de marzo, por la que se establece el Programa Estatal de Seguridad Operacional para la Aviación Civil y se modifica la Ley 21/2003, de 7 de julio, de Seguridad Aérea;
- el Real Decreto 389/1998, de 13 de marzo, por el que se regula la investigación de los accidentes e incidentes de aviación civil;
- el Real Decreto 629/2010, de 14 de mayo, por el que se modifica el Real Decreto 389/1998, de 13 de marzo, por el que se regula la investigación de accidentes e incidentes de aviación civil, con el fin de modificar la composición de la Comisión de Investigación de Accidentes e Incidentes de Aviación Civil;
- y el Real Decreto 632/2013, de 2 de agosto, de asistencia a las víctimas de accidentes de la aviación civil y sus familiares y por el que se modifica el Real Decreto 389/1998, de 13 de marzo, por el que se regula la investigación de los accidentes e incidentes de aviación civil.

(1) Véase el referido Programa en: http://www.seguridadaerea.gob.es/media/4306156/a_asa_peso_01.pdf.

Con la aprobación del referido Programa por parte del Consejo de Ministros, se da cumplimiento a lo dispuesto en la Ley 21/2003, de 7 de julio, de Seguridad Aérea (en su modificación por Ley 1/2011, de 4 de marzo, por la que se establece el Programa Estatal de Seguridad Operacional para la Aviación Civil y se modifica la Ley 21/2003, de 7 de julio, de Seguridad Aérea) la cual regula en sus artículos 11 y 12 el Programa Estatal de Seguridad Operacional para la Aviación Civil.

Asimismo cabe tomar en consideración lo dispuesto en el Real Decreto 995/2013, de 13 de diciembre, por el que se desarrolla la regulación del Programa Estatal de Seguridad Operacional para la Aviación Civil.

«En particular, el Programa permitirá la captación, recopilación, procesamiento, intercambio y análisis de la información o datos sobre seguridad operacional y su gestión integrada, así como la adopción y seguimiento de medidas de control de riesgo de seguridad operacional y la promoción de la seguridad operacional». (...) «Además se establece que forma parte de la información sobre seguridad operacional que te integra en el Programa, la que facilite la Comisión de Investigación de Accidentes e Incidentes de Aviación Civil». (Preámbulo del RD 995/2013).

- La normativa nacional se complementa con el Reglamento (UE) no 996/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de octubre de 2010 sobre investigación y prevención de accidentes e incidentes en la aviación civil y por el que se deroga la Directiva 94/56/CE.

Merece especial atención estudiar el funcionamiento de dicha Comisión y, muy especialmente, la imparcialidad e independencia en la elaboración de sus informes. Nos encontramos en el marco de una investigación técnica que, «en ningún momento pretende la determinación de culpa o responsabilidad alguna. En definitiva, la investigación técnica de accidentes de aviación constituye una actividad claramente dirigida a la mejora de la seguridad de la aviación y que en tal finalidad encuentra su razón última de ser, habiendo demostrado a lo largo de más de medio siglo su eficacia para reducir la siniestralidad aérea (2)».

II. NATURALEZA JURÍDICA DE LA COMISIÓN DE INVESTIGACIÓN DE ACCIDENTES E INCIDENTES DE LA AVIACIÓN CIVIL

1. Planteamiento

En el plano internacional, el Convenio de Aviación Civil Internacional elaborado en Chicago, el 7 de diciembre de 1944, establece en su Anexo 13 las normas y métodos internacionales recomendados para la investigación de accidentes de aviación a realizar por los Estados contratantes.

En el ámbito de la Unión Europea, el Consejo aprobó la Directiva 94/56/CE, de 21 de noviembre, que establece los principios fundamentales que rigen la investigación de accidentes de aviación civil. Las novedades que introdujo esta norma comunitaria se centran básicamente en dos aspectos: el organismo o la entidad que realice la investigación tendrá independencia funcional para evitar cualquier conflicto de intereses y posible implicación en la causa del suceso que se investigue; y los investigadores deben contar con un «<status>» que les permita tener la libertad de acción necesaria para llevar a cabo una completa investigación técnica, sin ningún tipo de obstáculos o trabas y, en su caso, en cooperación con la autoridad judicial.

En España, la Ley 48/1969, de 21 de julio, sobre Navegación aérea y el Decreto 959/1974, de 28 de marzo, sobre investigación e informe de los accidentes de aviación civil, «instauraron un completo procedimiento para, desde un punto de vista exclusivamente técnico, averiguar las causas de los accidentes y formular recomendaciones para mejorar la seguridad de la nave-

(2) NADAL GÓMEZ (2014: p. 20). Véase, en relación a los principios que deben regir la investigación técnica, pág. 29 a 32.

gación aérea. En dicho decreto se indicaba que la competencia en materia de investigación de accidentes e incidentes aéreos se atribuía a las autoridades aeronáuticas. Además se creaba la Comisión de Investigación de Accidentes de Aviación Civil, adscrita a la Subsecretaría de Aviación Civil (3)».

En el artículo 7.1 del vigente Real Decreto 389/1998, de 13 de marzo, sobre investigación de los accidentes e incidentes de aviación civil (en adelante RD 389/1998), se define la CIAIAC como un órgano colegiado adscrito a la Subsecretaría del Ministerio de Fomento que tiene competencia para la investigación técnica de accidentes e incidentes de aviación civil. A esta definición el artículo 13.1 de la Ley 21/2003, de 7 de julio, de Seguridad Aérea, añade «órgano colegiado especializado (4)».

Como todo órgano colegiado su régimen jurídico se debe ajustar a las normas contenidas en el capítulo II, del Título II de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC). En relación a estas disposiciones, cabe recordar que, de acuerdo con la sentencia del Tribunal Constitucional 50/1999, de 6, de abril, no son básicos los preceptos que regulan la figura del Presidente y los miembros del órgano (arts. 23 y 24), los relativos al nombramiento y funciones del Secretario (art. 25.2 y 3); al contenido y aprobación del acta (art. 27.2 y 5), así como a la formulación de voto particular (art. 27.3) (5). «Sin perjuicio de que estos preceptos se apliquen

(3) Véase, por todos, ARNALDO, CUERNO, GUERRERO: (2012: p. 37 y 38).

En este sentido, un estudio completo sobre las autoridades aeronáuticas y la síntesis de su evolución histórica, se puede consultar en la obra colectiva de MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. (Dir.) (2005). En concreto, véase el Capítulo IV, elaborado por FERNÁNDEZ-PIÑEYRO y HERNÁNDEZ, E., titulado, «La Administración Aeronáutica. El Ministerio de Fomento y el Ministerio de defensa: delimitación de competencias. La Dirección General de Aviación Civil como órgano regulador del transporte aéreo. El papel actual de la Entidad Aeropuertos Nacionales y Navegación Aérea».

Igualmente, en lo que atañe al objeto de este trabajo, véase de la referida obra colectiva, el Capítulo XVI, elaborado por LÓPEZ QUIROGA, Julio, titulado «La investigación de accidentes e incidentes de la aviación». En concreto, a partir de la página 605, se estudian ciertos aspectos de la CIAIAC. En esta línea, GUERRERO: (2014: p. 723 y ss).

(4) «Podemos definir al órgano administrativo colegiado como aquella unidad administrativa con atribuciones competenciales específicas cuya titularidad corresponde a tres o más personas físicas, quienes han de concurrir simultáneamente en orden a la formación de la voluntad imputable al órgano en su conjunto más allá del mero criterio individual de cada uno de los miembros. Se ofrece, por tanto, una noción de órgano administrativo colegiado que, aprovechando los criterios empleados para contribuir a su delimitación conceptual, se articula a partir de la razón de ser que justifica la existencia de estos órganos: la simultaneidad inherente a las deliberaciones y al procedimiento de formación de la voluntad colegiada». VALERO TORRUIOS: (2002: p. 398).

(5) CARBONELL PORRAS: (2005: p. 1972). Sobre esta cuestión, véase, CARBONELL PORRAS, Eloísa (1999): *Los órganos administrativos (organización, funcionamiento, procedimiento y régimen jurídico de sus actos)*, Madrid.

supletoriamente a los órganos colegiados autonómicos, lo cierto es que en general las normas autonómicas no podrán establecer reglas muy diferentes para sus propios órganos colegiados —al menos respecto de las atribuciones fundamentales del Presidente, Secretario y los miembros— si efectivamente son órganos que puedan ser calificados como colegiados (6)».

De acuerdo con lo expuesto, se refleja la importancia de tomar en consideración la Administración Pública dentro de la cual se integra el referido órgano colegiado, a los efectos de determinar el régimen jurídico aplicable al mismo (7).

Así, respecto a la CIAIAC, al tratarse de un órgano colegiado que forma parte de la Administración General del Estado, se encuentra sujeta a la totalidad de los preceptos dedicados por la LRJPAC a la colegialidad en virtud de su carácter de norma estatal. También deberá someterse a las disposiciones recogidas en la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (en adelante, LOFAGE, artículos 38 y ss.). Asimismo se encuentra regulada por las prescripciones del RD 389/1998 [que respecto a la composición de la CIAIAC, ha quedado modificada por la aprobación del Real Decreto 629/2010, de 14 de mayo (en adelante, RD 629/2010)] y por lo señalado en el Reglamento (UE), núm. 996/2010, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de octubre de 2010, sobre investigación y prevención de accidentes e incidentes en la aviación civil (en adelante, RUE 996/2010) y por el que se deroga la Directiva 94/56/CE. Y, en su caso, queda vinculada por la reglamentación que internamente haya aprobado el propio órgano. Aspecto este último que comentaremos a continuación.

Para concluir, debemos traer a colación lo dispuesto en el artículo 38.1 de la LOFAGE, según el cual: «son órganos colegiados aquellos que se creen formalmente y estén integrados por tres o más personas, a los que se atribuyan funciones administrativas de decisión, propuesta, asesoramiento, seguimiento y control, y que actúen integrados en la Administración General del Estado o alguno de sus organismos públicos».

Consecuentemente, en el caso de la CIAIAC, se dan los elementos propios de órgano colegiado (8):

(6) CARBONELL PORRAS: (2005: p. 1972).

(7) Sobre la determinación del régimen jurídico aplicable a partir de la Administración Pública en la que se integra el órgano colegiado, véase VALERO TORRIJOS: (2002: p. 406).

(8) «Así pues, al menos en la Administración del Estado, para que pueda hablarse, en sentido verdadero y propio, de órgano colegiado es necesario que se den por lo pronto, estos elementos:

- que se cree formalmente.
- que esté integrado por tres o más personas.

- Se ha creado formalmente por medio de Decreto (Decreto 959/1974, de 28 de marzo, sobre investigación e informe de los accidentes de aviación civil).
- Está integrada por más de tres personas.
- Tiene atribuidas varias de las siguientes funciones: decisión, propuesta, asesoramiento o control.
- Se halla adscrita al Ministerio de Fomento, a través de la Subsecretaría de Fomento que es a quién corresponde desempeñar la dirección, impulso y supervisión de los órganos directamente dependientes de ella. (Artículo 11, apartados 1 y 7 del Real Decreto 452/2012, de 5 de marzo, por el que se desarrolla la estructura básica del Ministerio de Fomento y se modifica el Real Decreto 1887/2011, de 30 de diciembre, por el que se establece la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales).
- De acuerdo con lo expuesto, corresponde a la CIAIAC la investigación de los accidentes e incidentes graves que afecten a la aviación civil, la cual llevará a cabo su actuación por medio de sus equipos de investigación.
- La relevancia de la información obtenida por parte de la CIAIAC queda plasmada en el Real Decreto 995/2013, por el que se desarrolla la regulación del Programa Estatal de Seguridad Operacional para la Aviación Civil. El Preamble de esta Disposición así como su artículo 6, ponen de relieve que la información facilitada por la CIAIAC forma parte de la seguridad operacional que se integra en el Programa Estatal, de conformidad con el Reglamento núm. 996/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de octubre de 2010.

1. Composición

La redacción originaria del RD 389/1998, respecto a la composición de la CIAIAC, queda modificada por la aprobación del Real Decreto 629/2010, de 14 de mayo, (en adelante, RD 629/2010).

En la Exposición de Motivos se afirma lo que sigue:

«Teniendo en cuenta la exhaustiva reforma» (a nivel europeo) «de que está siendo objeto la investigación de accidentes, el objeto de este real decreto se

-
- que tenga atribuida una o (varias de estas funciones): decisión, propuesta, asesoramiento o control;
 - que se halle integrado en la Administración pública del Estado. GONZÁLEZ PÉREZ, J.; GONZÁLEZ NAVARRO: (2012: p. 809).

limita a cambios estrictamente necesarios para modificar la actual composición de la CIAIAC. Para ello, se introduce mayor control parlamentario en la designación del presidente, se reduce el número de sus miembros, se elimina la necesidad de estar jubilado por edad para ser designado vocal y se fortalece su independencia al vincular su composición exclusivamente al prestigio y competencia profesional en el sector de la aviación civil».

Así, en la exposición ya se deja constancia de la necesidad de adaptar el reglamento sobre investigación de accidentes aéreos a la normativa comunitaria que estaba a punto de aprobarse (9).

Siguiendo estas premisas, el vigente RUE 996/2010, contempla en el artículo 4, las principales características que deben reunir las autoridades encargadas de las investigaciones de seguridad en la aviación civil. «A priori», cabe destacar el apartado segundo y tercero, donde se proclama la independencia de dicha autoridad encargada de las investigaciones de seguridad desde el punto de vista funcional, precisando que durante las investigaciones no se podrá solicitar ni aceptar ninguna instrucción. En definitiva «dispondrá de una autoridad sin restricciones para realizar las investigaciones de seguridad».

Tomando como base estas consideraciones, es importante, precisar lo siguiente, en cuanto a la diferencia que ha habido respecto a la composición de la CIAIAC.

En primer lugar, en la redacción originaria del artículo 8 del RD 389/1998, al precisar la composición de la CIAIAC, se señalaba que, entre otros miembros, siete personas serían designadas teniendo en cuenta que eran integrantes de asociaciones profesionales u *organismos representativos de intereses sociales* (en concreto, la Asociación Española de Pilotos Civiles Comerciales, la Asociación Profesional de Controladores de la Circulación Aérea, la Asociación de Ingenieros Aeronáuticos, el Consejo Superior de Investigaciones Científicas, el Centro de Instrucción de Medicina Aeroespacial, el Instituto Nacional de Técnica Aeroespacial y el Instituto Nacional de Meteorología).

Al establecer expresamente esta característica «ser integrantes de organismos representativos de intereses sociales», se incluía a la CIAIAC en la clase de órganos colegiados que, tal y como señala el artículo 22.2 de la LRJPAC, «son aquellos en los que participen organizaciones representativas de intereses socia-

(9) Cabe recordar que, sin perjuicio de la vigente normativa, «la necesidad del establecimiento de un organismo con competencias en materia de investigación de los accidentes e incidentes graves se proclama, asimismo, en sede normativa comunitaria (artículo 6 de la Directiva 94/56/CE) e internacional.

Pero, además, todas estas citadas normas exigían que aquel órgano a quien se atribuyen competencias para la investigación técnica ha de ser y actuar de forma independiente a cualquier entidad u organismo titular de intereses que pudieran entrar en conflicto con dicha investigación». LÓPEZ QUIROGA: (2005: p. 606).

les y los compuestos por representaciones de distintas Administraciones Públicas, cuente o no con representación social, dispondrán la facultad ("podrán") de establecer o completar sus propias normas de funcionamiento (10)».

Sin embargo, tras la reforma, este aspecto no queda detallado pues únicamente se establece que los miembros «serán designados entre personas de reconocido prestigio y competencia profesional en el sector de la aviación civil en las especialidades de ingeniería, las operaciones aéreas, las infraestructuras aeronáuticas, la navegación aérea, la docencia y la investigación o cualquier otra conexas con las anteriores, valorándose especialmente su independencia, objetividad de criterio y la solvencia demostrada en el desempeño de cargos de responsabilidad en empresas públicas o privadas del sector» (artículo 8 del RD 629/2010).

Por tanto, a diferencia de lo que se establecía en la norma anterior, no se especifica que tenga que estar integrada por personas designadas por integrar determinadas organizaciones representativas de intereses profesionales.

En mi opinión, la diferente regulación trae causa de la necesidad imperiosa de adaptar nuestra normativa a la reglamentación europea. Por ello, y con base a una interpretación acorde a la redacción de la LRJPAC, el 39.3 de la LOFAGE, al regular la clasificación y composición de los órganos colegiados, se amplía la delimitación del artículo 22.2 de la LRJPAC, al establecer lo siguiente:

«3. En la composición de los órganos colegiados podrán participar, cuando así se determine, organizaciones representativas de intereses sociales, así como otros miembros que se designen por las especiales condiciones de experiencia o conocimientos que concurran en ellos, en atención a la naturaleza de las funciones asignadas a tales órganos (11)».

(10) CARBONELL PORRAS ya pone de relieve que esta clasificación operada por la LRJPAC «plantea la duda del régimen aplicable a los órganos de expertos, que no tienen fácil encaje en ninguno de los tipos que contempla la Ley. Como señalamos, sus miembros son ciudadanos que no mantienen relación personal con la Administración, pero la finalidad no es la representación de intereses sociales o colectivos sino asegurar la objetividad e imparcialidad de la decisión administrativa». CARBONELL PORRAS: (1999: p. 55).

(11) El citado artículo 38 de la LOFAGE, clasifica a los órganos colegiados atendiendo al criterio de su composición:

«1. Los órganos colegiados de la Administración General del Estado y de sus Organismos públicos, por su composición, se clasifican en:

a) Órganos colegiados interministeriales, si sus miembros proceden de diferentes Ministerios.

b) Órganos colegiados ministeriales, si sus componentes proceden de los órganos de un solo Ministerio.

2. En los órganos colegiados a los que se refiere el número anterior, podrán existir representantes de otras Administraciones públicas, cuando éstas lo acepten voluntariamente, cuando un convenio así lo establezca o cuando una norma aplicable a las Administraciones afectadas lo determine.

En este último precepto se equipara, en uno sólo, a los órganos con participación de ciudadanos ajenos a la organización político-administrativa, tanto si éstos son miembros de organizaciones representativas de intereses sociales como si han sido designados por su experiencia, prestigio, conocimientos, etc.

En esta línea, siguiendo a CARBONELL PORRAS, «la creación de organismos colegiados en los que participan ciudadanos responde fundamentalmente a dos fines, cuyas consecuencias son muy diferentes. En unos, los miembros son designados, mediante representación o elección, por las asociaciones y organizaciones representativas de los intereses sociales y colectivos. Son reflejo de la participación administrativa del artículo 105 de la Constitución y generalmente asumen funciones consultivas. En otros, los miembros también son ciudadanos que no mantienen una relación orgánica o de servicio con la Administración, pero la finalidad no es estrictamente la participación, sino asegurar la objetividad e imparcialidad de la decisión, y con ello, su acierto. A tal fin, los ciudadanos son miembros del órgano colegiado por sus cualidades personales que acreditan la formación, conocimientos y experiencia que la materia atribuida a la competencia del órgano requiere. Desde este punto de vista, estos órganos, tradicionalmente denominados de expertos, están a caballo entre los participativos en sentido estricto y los burocráticos, pues la condición de miembro se reconoce para que actúen por y para la Administración. Se persigue una más adecuada ponderación de los intereses públicos y una mayor garantía para los interesados afectados por los actos colegiales (12)».

Así, de acuerdo con lo expuesto por la autora, entendemos que la actual determinación de la composición de la CIAIAC en nada modifica la situación anterior respecto a su naturaleza jurídica, y nos encontramos ante un órgano colegiado, integrado por expertos que, sobre la base de los resultados de la investigación, exponen su opinión fundamentada en sus conocimientos, expe-

3. En la composición de los órganos colegiados podrán participar, cuando así se determine, organizaciones representativas de intereses sociales, así como otros miembros que se designen por las especiales condiciones de experiencia o conocimientos que concurren en ellos, en atención a la naturaleza de las funciones asignadas a tales órganos».

(12) CARBONELL PORRAS: (1999: pp. 48 y 49).

La autora en la nota a pie de página 48 cita, entre otros autores, a BERMEJO VERA (1993: p. 639 y ss).

Con posterioridad, CARBONELL PORRAS ya pone de manifiesto, en relación a la Comisión de Investigación de Accidentes Ferroviarios, que se trata de un órgano colegiado especializado adscrito al Ministerio de Fomento que tiene competencia para la investigación técnica de los accidentes e incidentes ferroviarios. «La Comisión goza de plena independencia funcional respecto de la autoridad responsable de la seguridad y de cualquier regulador ferroviario (...)». La autora, poniendo énfasis en la importancia de la independencia funcional, resalta que «en el procedimiento de la designación de sus miembros participa la Comisión de nombramiento del Congreso de los Diputados. Esto último se trata de una solución provisional hasta la creación de la Agencia Estatal de Seguridad Ferroviaria». CARBONELL PORRAS: (2014: p. 960).

riencia y saberes. Por tanto, estamos ante un órgano que podrá establecer peculiaridades jurídicas en cuanto a su funcionamiento respecto a las normas establecidas en la LRJPAC (13).

De acuerdo con lo expuesto, el artículo único del RD 629/2010, modifica el artículo 8 del RD 389/1998, y la composición de la CIAIAC se caracteriza por los siguientes aspectos, entre otros:

«1. La Comisión de investigación de Accidentes e Incidentes de Aviación Civil está constituida por un pleno y asistida por una Secretaría.

2. El Pleno estará compuesto por un presidente y seis vocales designados, conforme a lo previsto en la Ley 21/2003, de 7 de julio, entre personas de reconocido prestigio y competencia profesional en el sector de la aviación civil en las especialidades de ingeniería, las operaciones aéreas, las infraestructuras aeronáuticas, la navegación aérea, valorándose especialmente su independencia, objetividad de criterio y solvencia demostrada en el desempeño de cargos de responsabilidad en empresas públicas o privadas del sector.

El Ministro de Fomento procederá a la designación del presidente en los términos establecidos en la Ley 21/2003, de 7 de julio.

(...).».

Respecto a esta composición, cabe señalar que con la redacción del anterior artículo 8 del RD 389/1998, se plantearon una serie de recursos ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo. En concreto, cabe destacar la Sentencia de 14 de junio de 1999 (RJ 1999/6019), en la que se resuelve un recurso contencioso administrativo, interpuesto por el Colegio Oficial de Ingenieros Técnicos Aeronáuticos y de la Asociación de Ingenieros Técnicos Aeronáuticos, contra el referido artículo 8, entre otros preceptos.

(13) En cuanto a la composición de los órganos colegiados y tipología, cabe destacar lo señalado por DIEZ SÁNCHEZ: (1995: pp. 355 a 386).

«La LRJPAC no determina propiamente ninguna tipología de órganos colegiados, aunque dos rasgos típicos (composición y funcionalidad) materializan fórmulas especiales en orden a su régimen jurídico. El elemento fundamental es, sin duda, la composición, pues la funcionalidad tiene escasas implicaciones a estos efectos.

(...) las opciones básicas son: integración o no en la estructura piramidal administrativa.

La tipología va a venir delimitada en base a tres composiciones posibles:

- los órganos colegiados propios de cada Administración Pública formados por autoridades o personal de la misma.
- los órganos en los que junto a autoridades y personal participen organizaciones representativas de intereses sociales,
- los órganos compuestos por representantes de distintas Administraciones Públicas, que a su vez pueden o no contar con participación de organizaciones extraadministrativa.»

El autor, siguiendo nuestra línea interpretativa, pone la distinción en la participación o no de miembros ajenos a la organización político-administrativa.

El Colegio y la Asociación mencionada exigían una modificación de dicho artículo porque en el mismo no se recogía como integrante de la CIAIAC a un vocal que fuera Ingeniero Técnico Aeronáutico (aspecto que sí recogía el Decreto 959/1974 por el que se desarrollaba la Ley de Navegación Aérea de 1960).

Frente a ésta y otras reclamaciones, fundamentadas en la vulneración del principio de igualdad de la normativa propia que regula las atribuciones profesionales de los ingenieros técnicos aeronáuticos, etc., el Tribunal Supremo considera que tanto las leyes vigentes (en ese momento Ley 48/1960 de seguridad aérea y el Real Decreto 389/1998), como la normativa internacional, *«imponen, si, la intervención de profesionales de la Ingeniería Aeronáutica, exigencia que se encuentra suficiente, y adecuadamente satisfecha por el Vocal que propone la Asociación de Ingenieros Aeronáuticos. La presencia, además, de un Vocal representante de los Ingenieros Técnicos Aeronáuticos constituye una cuestión de mera oportunidad, respecto de la cual la Administración dispone de una amplia libertad para tomar la decisión que considere más idónea. La decisión que el artículo 8 incorpora ha de entenderse conforme no sólo con los principios de objetividad y eficacia sino más específicamente con la Ley de Navegación Aérea a cuya ejecución procede y con la Directiva que traspone, en ninguna de las cuáles puede encontrar apoyo la tesis que en el recurso se mantiene.»*

Sólo a un excesivo celo en la defensa de los intereses de sus representantes cabe atribuir aquellas expresiones de la demanda que aluden al peligro que conlleva el hecho de que los Ingenieros Técnicos Aeronáuticos no estén representados en la Comisión (14)».

Por tanto, vemos que en la línea que se ha seguido con la reforma de la composición de la CIAIAC, lo relevante es la independencia funcional de sus miembros y el prestigio y la competencia profesional en el sector de la aviación civil.

Siguiendo estas premisas, el vigente RUE 996/2010, contempla en el artículo 4, las principales características que deben reunir las autoridades

(14) Añade el Tribunal, en este fundamento jurídico cuarto de la sentencia: *«Adviértase que es el propio manual de la OACI (Organización de Aviación Civil Internacional) el que señala la conveniencia de que el investigador de accidentes posea conocimientos de Ingeniería Aeronáutica, conocimientos que sin duda alguna poseen en grado máximo quienes ocupen la vocalía a propuesta de la Asociación de Ingenieros Aeronáuticos, bien entendido que esto no supone en absoluto un desconocimiento de la titulación universitaria de rango superior de los Ingenieros Técnicos, ni sí de sus atribuciones profesionales, ni mucho menos una minusvaloración de su formación para participar en las actividades de investigación que el Reglamento impugnado regula, el cual parece estar pensado, entre otros profesionales, en ellos cuando se refiere a los investigadores integrantes de los equipos de investigación.»*

encargadas de las investigaciones de seguridad en la aviación civil. «A priori», cabe destacar el apartado segundo y tercero, donde se proclama la independencia de dicha autoridad encargada de las investigaciones de seguridad desde el punto de vista funcional, precisando que durante las investigaciones no se podrá solicitar ni aceptar ninguna instrucción. En definitiva «dispondrá de una autoridad sin restricciones para realizar las investigaciones de seguridad».

III. FUNCIONAMIENTO DE LA CIAIAC. CONVENIENCIA DE APROBAR UNA NORMA PROPIA DE FUNCIONAMIENTO

1. Planteamiento

De acuerdo con lo señalado, la CIAIAC, con base al artículo 22.2 de la LRJPAC y el artículo 38.3 de la LOFAGE, podrá establecer peculiaridades jurídicas en cuanto a su funcionamiento respecto al régimen general establecido en estas normas. Para ello, tal y como exponemos es necesario seguir el correspondiente procedimiento de elaboración de la norma de funcionamiento, con su correspondiente aprobación y publicación en el Boletín Oficial del Estado, así como en la Web del Ministerio para cumplir con el principio de publicidad de las normas. En este sentido, el artículo 15 de la Ley 21/2003, de Seguridad Aérea, en su inciso final señala que: «Reglamentariamente se desarrollarán las normas precisas para la investigación técnica de accidentes e incidentes de aviación civil, incluidas las reglas de funcionamiento de la Comisión de Investigación de Accidentes e Incidentes de Aviación Civil».

Estamos ante una regulación que no se ha realizado pese haber transcurrido más de 10 años desde su previsión legal.

Esta potestad de autonormación, de regulación estatutaria, se traduciría en la posibilidad de regular peculiaridades específicas del régimen jurídico de la CIAIAC, siendo de aplicación todos los efectos generales de carácter básico establecidos en la LRJPAC.

«La reglamentación interna, aprobada o no por el órgano colegiado, tiene una doble naturaleza jurídica. Por un lado, ordena internamente el órgano que es su destinatario; por otro lado, se proyecta externamente, constituyendo auténticas limitaciones de la actuación del órgano (15)».

Así, en el marco de la ordenación interna del órgano, podemos destacar algunas especificidades propias de este tipo de órganos integrados por ciudadanos expertos. No obstante, para que se les pueda aplicar en su funcionamiento diario se requiere la correcta aprobación de la norma referida. En concreto, por ejemplo:

(15) CARBONELL PORRAS: (1999: p. 52).

— En relación al Presidente del órgano colegiado, en el artículo 23.1 de la LRJPAC, se disponen las siguientes facultades:

- a) *ostentar la representación del órgano;*
- b) *acordar la convocatoria de las sesiones ordinarias y extraordinarias y la fijación del orden del día, teniendo en cuenta, en su caso, las peticiones de los demás miembros formuladas con la suficiente antelación.*
- c) *Presidir las sesiones, moderar el desarrollo de los debates y suspenderlos por causas justificadas.*
- d) *Dirimir con su voto los empates, a efectos de adoptar acuerdos, excepto si se trata de los órganos colegiados a que se refiere el número 2 del artículo 22, en que el voto será dirimente si así lo establecen sus propias normas.*
- e) *Asegurar el cumplimiento de las leyes.*
- f) *Visar las actas y certificaciones de los acuerdos del órgano.*
- g) *Ejercer cuantas otras funciones sean inherentes a su condición de Presidente del órgano.*

Pues bien, en relación al apartado d), el carácter dirimente del Presidente dependerá de lo que determine la norma de funcionamiento. «Se trata de una previsión razonable dada la muy diferente configuración que pueden presentar estos órganos y asimismo por sus diversas funciones y naturaleza (16)».

Específicamente en el marco de la CIAIAC, corresponde al Presidente/a rendir cuentas, en primer lugar, ante los restantes miembros de dicho órgano colegiado (Secretario y vocales) constituidos en Pleno. Además, como titular de un puesto público, designado por un periodo de seis años, ha de rendir cuentas ante: —el Ministro/a de Fomento, a través, actualmente, de la Subsecretaría de dicho departamento; —el Congreso de los Diputados y el Senado, a través de sus respectivas Comisiones de Fomento.

En el artículo 23, apartado segundo, se señala expresamente lo que sigue:

«En casos de vacante, ausencia, enfermedad, u otra causa legal, el Presidente será sustituido por el Vicepresidente que corresponda, y en su defecto, por el miembro del órgano colegiado de mayor jerarquía, antigüedad y edad, por este orden, de entre sus componentes.»

Esta norma no será de aplicación a los órganos colegiados previstos en el número 2 del artículo 22 en que el régimen de sustitución del Presidente debe estar específicamente regulado en cada caso, o establecido expresamente por acuerdo del Pleno del órgano colegiado».

(16) DIEZ SÁNCHEZ: (1995: p. 376).

En consecuencia, la propia norma de funcionamiento, puede establecer el régimen de sustitución del Presidente. Así, el artículo 8.3 del RD 629/2010, establece lo que sigue:

«El Pleno de la Comisión, en su sesión constituyente y a propuesta del presidente, designara de entre los vocales un vicepresidente y nombrará un secretario, a propuesta del Ministro de Fomento entre funcionarios incluidos en la relación de puestos de trabajo del Departamento. El secretario actuará en las reuniones del Pleno con voz, pero sin voto.

El Vicepresidente sustituirá al presidente en caso de ausencia, vacante o enfermedad. En caso de ausencia del Vicepresidente designado, actuará como tal el vocal de más edad».

De acuerdo con lo anterior, en caso de ausencia del Vicepresidente se opta por el vocal de mayor edad.

En lo que respecta al redactado del artículo 23, en si mismo, cabe señalar que fue declarado contrario al orden constitucional de competencias por la STC 50/1999, de 6 de abril. Lo que se pone de relieve es que una norma de carácter básico debe establecer un mínimo común denominador, pero no una regulación extrema que no deje margen a las autonomías para prever otra alternativa (17).

— Por otra parte, el artículo 24 de la LRJPAC regula los derechos y deberes de los miembros de los órganos colegiados. En concreto, el apartado primero, letra c) dispone que corresponde a los miembros del órgano colegiado:

«c) Ejercer su derecho al voto y formular su voto particular, así como expresar el sentido de su voto y los motivos que lo justifican.

No podrán abstenerse en las votaciones quienes por su cualidad de autoridades o personal al servicio de las Administraciones Públicas, tengan la condición de miembros de órganos colegiados».

Así, resulta que los miembros de la CIAIAC, al ser elegidos entre personas de reconocido prestigio y competencia profesional, no tienen la cualidad de autoridad o personal al servicio de las Administraciones Públicas. Consecuentemente, cualquiera de los vocales podrá abstenerse de votar. El Secretario si que debe ser elegido entre funcionarios incluidos en la relación de puestos

(17) DIEZ SÁNCHEZ: (1995: pp. 365 y 367). En concreto, el autor pone de manifiesto que el artículo 23.2 adolece de fundados reproches de inconstitucionalidad. «No parece de recibo que una norma calificada de “básica” haya de agotar en todos sus extremos la regulación de ese régimen. Primero, lo que no es cuestionable, estableciendo que el Presidente será sustituido por el Vicepresidente que corresponda; segundo, estableciendo en defecto de lo anterior los criterios que deben seguirse (jerarquía, antigüedad y edad); y tercero, obligando precisamente a seguir ese orden de elección de entre los componentes».

de trabajo del Departamento, y le corresponde asistir a las reuniones pero sin derecho de voto (18).

— En lo que se refiere a la constitución del órgano, el artículo 26 de la LRJPAC señala:

«1. Para la válida constitución del órgano, a efectos de la celebración de sesiones, deliberaciones y toma de acuerdos, se requerirá la presencia del Presidente y Secretario o en su caso, de quienes le sustituyan, y la de la mitad al menos, de sus miembros, salvo lo dispuesto en el punto 2 de este artículo. (...)

2. Los órganos colegiados podrán establecer el régimen propio de convocatorias, si éste no está previsto por sus normas de funcionamiento. Tal régimen podrá prever una segunda convocatoria y especificar para ésta el número de miembros necesarios para constituir válidamente el órgano».

Este precepto autoriza a que los órganos colegiados puedan establecer un distinto cómputo a los efectos de la válida constitución del órgano colegiado. «Esta última particularidad tiene el sentido de garantizar el normal funcionamiento del órgano cuando por diferentes causas no es posible la asistencia a las sesiones de la mayoría de los miembros (19)».

2. En concreto, la conveniencia de dictar una norma propia de funcionamiento de la CIAIAC

De acuerdo con el artículo 15 de la Ley 1/2011, de 4 de marzo, por la que se establece el Programa Estatal de Seguridad Operacional para la Aviación Civil y se modifica la Ley 21/2003, de Seguridad Aérea, «el régimen de la investigación técnica de accidentes e incidentes de aviación civil se regirá por lo dispuesto en el Reglamento (UE) n° 996/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de octubre de 2010, sobre investigación y prevención de accidentes e incidentes en la aviación civil y por el que se deroga la Directiva 94/56/CE y sus normas de aplicación y desarrollo.

Reglamentariamente se desarrollaran las normas precisas para la investigación técnica de accidentes e incidentes de aviación civil, incluidas las reglas

(18) El Programa Estatal de Seguridad Operacional para la Aviación Civil dispone lo que sigue: «El/la Secretario/a de la CIAIAC debe rendir cuentas, en primer lugar, ante los restantes miembros de dicho órgano colegiado (su Presidente/a y sus Vocales) constituidos en Pleno. Además, como titular de una plaza de funcionario encuadrada en la relación de puestos de trabajo del Ministerio de Fomento, ha de responder ante el órgano administrativo que se defina, en cada momento, en el real decreto de estructura de dicho departamento (actualmente, ante el/la Subsecretario/a de Fomento)». Véase, p. 19 de 63.

(19) DIEZ SÁNCHEZ: (1995: P. 377).

de funcionamiento de la Comisión de Investigación de Accidentes e Incidentes de Aviación Civil».

«A priori», cabe resaltar que en esta Disposición se pone de relieve la necesidad de que la CIAIAC apruebe sus normas de funcionamiento, donde se precisarán no sólo particularidades respecto a las sesiones, sino sobre todo, respecto al procedimiento de investigación, y régimen aplicable a sus distintas actuaciones.

En el caso de la CIAIAC, pese a no contar con una norma propia de funcionamiento, el RD 389/1998, en su artículo 9, establece que la CIAIAC podrá actuar en Pleno o mediante sus equipos de investigación. En este sentido, cabe entender que de regularse con detalle la convocatoria de sus sesiones, se optaría por no establecer un cómputo distinto al establecido en el apartado primero del artículo 26 de la LRJPAC. No obstante, esta no ha sido la línea seguida por la Comisión de Estudio y Análisis de Notificaciones de Incidentes de Tránsito Aéreo (en adelante, CEANITA (20)), (la cual si dispone de sus propias normas de funcionamiento aprobadas por Orden de la Vicepresidenta y Ministra de la Presidencia, de 2 de abril, Orden PRE/697/2012) (21). En dicha norma, el artículo 7 sólo determina que los estudios y análisis de la CEANITA se adoptarán por mayoría de los miembros asistentes, pero se remite a la LRJPAC para cualquier otra particularidad sobre su funcionamiento (22).

(20) Cabe recordar en este punto lo siguiente:

– El funcionamiento de la CIAIAC: se integra en el marco de la investigación y realización de informes técnicos de todos los accidentes e incidentes graves de aviación civil y también de los incidentes no graves, cuando su investigación pueda suponer enseñanzas para la seguridad aérea civil.

– El funcionamiento de la CEANITA: queda integrado en los sistemas de captación, recopilación, procesamiento, intercambio y análisis de la información sobre seguridad operacional integrada en el Programa Estatal para la Seguridad Operacional. No es un órgano con una misión fundamental de carácter investigador. Estamos ante un órgano colegiado interministerial.

(21) Publicada en el BOE núm. 86, martes de 10 de abril de 2012. El artículo 7.2 de esta Orden, establece:

«Sin perjuicio de las particularidades previstas en esta orden, el funcionamiento de la CEANITA se regirá por lo establecido en materia de órganos colegiados en el Capítulo II de la LRJPAC y en el capítulo IV del Título II de la LOFAGE».

Igualmente, cabe destacar que el artículo 7.3 prevé y da cobertura normativa a la posibilidad de que la CEANITA ejerza su potestad de auto-regulación, aprobando por consenso normas de régimen interno que estime procedentes para su funcionamiento.

(22) Bien, sobre la base de lo anterior, tenemos que tanto el capítulo II del RD 389/1998 como el capítulo II de la Ley 21/2003, redactado conforme a la citada Ley 21/2011, recogen el inicio del procedimiento y facultades concretas de los investigadores desde que se conoce el accidente o incidente grave.

Así, en el marco de la CIAIAC, el procedimiento investigador se inicia desde el momento en que el Secretario tiene conocimiento de un accidente o incidente grave y ordena el inicio de la investigación.

En relación a los trabajos y actuaciones de la CIAIAC, de acuerdo con el redactado del artículo 7 del RD 389/1998, la CIAIAC lleva a cabo las siguientes funciones:

«a) Realiza las investigaciones e informes técnicos de todos los accidentes e incidentes graves de aviación civil, determina sus causas y formula recomendaciones al objeto de tomar las medidas necesarias para evitarlos.

b) Practica las actuaciones precisas para completar la investigación técnica y elabora informes sobre los accidentes e incidentes graves, de acuerdo con lo establecido en este Real Decreto y en el Convenio de Aviación Civil Internacional, de 7 de diciembre de 1944, y su anexo 13.

c) Realiza la investigación técnica de los incidentes de aviación civil no contemplados en el párrafo a) de este apartado, cuando se puedan obtener enseñanzas para la seguridad de la navegación aérea civil y elabora informes técnicos sobre los mismos».

En relación a este último apartado, cabe destacar que no es baladí su regulación puesto que existen muchos sucesos que, «sin poder ser calificados como accidente o incidente grave a los efectos de la regulación de su investigación técnica, constituyen auténticas deficiencias o incidentes que revelan la existencia de un peligro o riesgo para la seguridad aérea». «Se entiende que su conocimiento, permitirá la adopción de medidas que prevengan la causación de accidentes e incidentes. No se lleva a cabo una investigación técnica; pero estos datos comunicados constituyen una herramienta esencial, evitando que sea un accidente la única fuentes de aprendizaje (23)». En concreto, los anexos I y II de la Directiva 2003/42/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2003, relativa a la notificación de sucesos en la aviación civil (DOUE L 167, de 4 de julio de 2003), establecen algunos ejemplos de estos supuestos. Anexos que posteriormente son recogidos en el Real Decreto 1334/2005, de 14 de noviembre, por el que se establece el sistema de notificación obligatoria de sucesos en la aviación civil que incorporó en nuestro ordenamiento jurídico la citada Directiva.

A estas funciones, conviene añadir el deber establecido en la Disposición adicional cuarta del RD 629/2010, titulado «Coordinación entre la Agencia Estatal de Seguridad Aérea y la Comisión de Investigación de Accidentes e Incidentes de Aviación Civil, en materia de seguridad operacional». En este sentido, la CIAIAC debe cumplir con el deber de comunicación, e informar a la Agencia Estatal de Seguridad Aérea, en los siguientes términos literales:

«La Comisión de Investigación de Accidentes e Incidentes de Aviación Civil comunicará a la Agencia Estatal de Seguridad Aérea, a través del sistema de

(23) LÓPEZ QUIROGA: (2005: p. 609).

notificación obligatoria de sucesos en la aviación civil creado al amparo del Real Decreto 1334/2005, de 14 de noviembre, los incidentes de los que tenga conocimiento y sobre los que no vaya a instruir una investigación.

La Agencia Estatal de Seguridad Aérea proporcionará a la Comisión de Investigación de Accidentes e Incidentes de Aviación Civil acceso a la base de datos de sucesos a la que se refiere el artículo 5 del mencionado Real Decreto 1334/2005 de 14 de noviembre (...).

A los efectos de garantizar el ejercicio de las respectivas competencias en materia de incidentes de tránsito aéreo, la Agencia Estatal de Seguridad Aérea y la Comisión establecerán los mecanismos de coordinación oportunos (24).

Con esta previsión se pone de relieve la aplicación de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno.

La dirección y coordinación de los equipos de investigación corresponde al Secretario de la CIAIAC, en su calidad de investigador jefe. Asimismo deberá designar, cuando proceda, un investigador encargado de cada accidente e incidente, quién estará al frente del equipo investigador (véase el redactado del artículo 11 del RD 389/1998).

«El investigador encargado ostentará la representación de la Comisión en la investigación, y las autoridades y sus agentes deberán prestarle la ayuda que fuera necesaria (25)» (art. 12.1 del RD 389/1998).

Resulta importante destacar que la Disposición adicional tercera del RD 629/2010 (por el que se modifica la composición de la CIAIAC), desarrolla bajo el título «Medios materiales y personales», la necesidad de que los investigadores de la CIAIAC puedan actuar con toda libertad de acción y sin ningún tipo de obstáculo o traba. En concreto se señala:

«1. El Ministerio de Fomento dotará a la Secretaría de la CIAIAC de los medios personales y materiales necesarios para el desempeño de sus funciones, sin que ello suponga incremento del gasto público.

(24) En esta línea, la Orden 697/2012, que regula las normas de funcionamiento de la CEANITA, en su artículo 13, titulado «Relaciones con la Comisión de Investigación de Accidentes e Incidentes de Aviación Civil», dispone que: «La CEANITA desarrollará sus funciones sin perjuicio de las funciones de investigación que legalmente corresponde a la CIAIAC y sin interferir en el ejercicio de dichas funciones, y prestará a ésta toda la colaboración que le sea requerida».

(25) Continúa señalando este artículo 12 del RD 389/1998:

«2. A los equipos investigadores podrán incorporarse representantes debidamente acreditados de los Estados interesados, asistidos por asesores. El investigador encargado podrá desestimar, por medio de resolución motivada, las solicitudes de los representantes acreditados.

3. Si en un accidente se vieran involucradas, además, aeronaves militares, el equipo investigador designado será mixto, civil y militar, con jefatura compartida y composición paritaria. (...).»

2. *En el caso de circunstancias excepcionales como consecuencia de gastos extraordinarios necesarios para llevar a cabo la investigación de accidentes e incidentes especialmente graves, la Comisión podrá disponer de fondos de emergencia adicionales con cargo a los créditos presupuestos consignados al Ministerio de Fomento».*

Llegados a este punto, cabe resaltarse la necesidad imperiosa de que se elabore y publique la correspondiente norma de funcionamiento de la CIAIAC, a los efectos de poder regular con detalle y seguridad jurídica los aspectos que se han puesto de relieve en este trabajo.

IV. BIBLIOGRAFÍA

- ARNALDO, Rosa M^ª; CUERNO, Cristina; GUERRERO, M^ª Jesús (2012): *Descubrir la investigación de accidentes de aviación civil*, Ed. Centro de Documentación y Publicaciones de AENA.
- BERMEJO VERA, J. (1993): «Participación de los administrados en los órganos de la Administración pública» en *La protección jurídica del ciudadano*, Tomo I, Madrid.
- CARBONELL PORRAS, Eloísa (2014): «Infraestructuras de transporte terrestre y sector público estatal», en MENÉNDEZ Pablo (Dir.), *Régimen Jurídico del Transporte Terrestre: Carreteras y Ferrocarril*, Thomson-Aranzadi, Navarra, pp. 889 a 998.
- (2005) «Órgano Administrativo», en MUÑOZ MACHADO, Santiago (Dir.): *Diccionario de Derecho Administrativo*, Tomo II, Iustel, Madrid, pp. 1789 a 1794.
 - (1999) *Los órganos colegiados. Organización, funcionamiento, procedimiento y régimen jurídico de sus actos*, Boletín Oficial del Estado, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.
- DÍEZ SÁNCHEZ, Juan José (1995): «Los órganos colegiados en la Ley 30/1992», en *Revista de Estudios de Administración Local y Autonómica*, núm. 266, pp. 355 a 386.
- FERNÁNDEZ-PIÑEYRO y HERNÁNDEZ, E. (2005): «Capítulo IV: La Administración Aero-náutica. El Ministerio de Fomento y el Ministerio de defensa: delimitación de competencias. La Dirección General de Aviación Civil como órgano regulador del transporte aéreo. El papel actual de la Entidad Aeropuertos Nacionales y Navegación Aérea», en MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. (Dir.): *Régimen Jurídico del Transporte Aéreo*, Thomson- Civitas, Instituto de Empresa, Boing, Navarra.
- GONZÁLEZ PÉREZ, J.; GONZÁLEZ NAVARRO, F. (2012): *Comentarios a la ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administra-*

- tivo Común (Ley 30/1992, de 26 de noviembre)*, Tomo I, quinta edición, Thomson Civitas.
- GUERRERO, M^o Jesús (2014): «La investigación técnica de accidentes», en «la gestión de los accidentes aéreos», en *Derecho aéreo y del espacio*, Marcial Pons.
- LÓPEZ QUIROGA, Julio, (2005): «Capítulo XVI: La investigación de accidentes e incidentes de la aviación», en MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. (Dir.): *Régimen Jurídico del Transporte Aéreo*, Thomson- Civitas, Instituto de Empresa, Boing, Navarra, pp. 581 a 624.
- NADAL GÓMEZ, Irene (2014): *La coordinación del proceso penal y la investigación técnica de accidentes aéreos*, Marcial Pons.
- VALERO TORRIJOS, Julián (2002): *Los órganos colegiados*, análisis histórico de la colegialidad en la organización pública española y régimen jurídico-administrativo vigente, Ministerio de Administraciones Públicas.

LA REGULACIÓN DE LAS CONCESIONES DE OBRAS Y SERVICIOS EN LAS NUEVAS DIRECTIVAS EUROPEAS. VISIÓN CRÍTICA DE LA REGULACIÓN EN NAVARRA (*)

ÍÑIGO ALIAGA MORENO

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.– II. LA CUARTA GENERACIÓN DE DIRECTIVAS SOBRE CONTRATACIÓN PÚBLICA.– III. LA DIRECTIVA 2014/23/UE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, DE 26 DE FEBRERO DE 2014, RELATIVA A LA ADJUDICACIÓN DE CONTRATOS DE CONCESIÓN: 1. Primera regulación autónoma en materia de concesiones: A) Aclaración. B) Razón de ser de una normativa independiente. C) Marco jurídico. D) Cuatro grandes objetivos. E) Política continuista de los servicios públicos. 2. Aplicación directa. 3. Entrada en vigor. Plazo de transposición: A) Entrada en vigor. B) Plazo de transposición. C) Falta de transposición e irregularidades. Efecto directo. 4. Estructura. 5. Definición de concesión. El riesgo operacional. A. Concepto de concesión. B. El riesgo operacional: a) Ambigüedad del término. b) Criterios interpretativos. c) No asunción del riesgo por el concesionario. d) Transferencia del riesgo. e) Distribución de riesgos. 6. Ámbito de aplicación: A) Umbral económico. B) Ámbito objetivo. C) Ámbito subjetivo. D) Exclusiones. 7. Otras cuestiones: A) Duración de la concesión. B) Contratos mixtos. C) Situaciones específicas. D) Normas en materia de adjudicación de concesiones. E) Normas relativas a la ejecución de las concesiones. F) Resolución de las concesiones. G) Régimen de recursos.– IV. VISIÓN CRÍTICA DE LA REGULACIÓN EN NAVARRA: 1. Competencia exclusiva. 2. Denominaciones y conceptos obsoletos. 3. Regulación específica de la concesión de servicios. 4. Riesgo operacional versus equilibrio económico de la concesión.– V. CONCLUSIONES PROPOSITIVAS: 1. Ámbito estatal. 2. Ámbito foral.– VI. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: Hasta la aprobación de la Directiva 2014/23 las concesiones a nivel UE estaban reguladas de forma parcial (sólo las de obras, no las de servicios) e incompleta, lo que se traducía en que muchos Estados miembros tipificaban de concesiones lo que en la práctica son contratos públicos. Por ello, la principal novedad de esta Directiva radica en regular de manera autónoma, uniforme e «íntegra» las concesiones para distinguirlas definitivamente de los clásicos contratos de obras o servicios, puesto que aquéllas ya no se definen por referencia al objeto de éstos, sino con base y fundamento en el riesgo operacional que necesariamente debe ser asumido por el concesionario. En este trabajo se hace especial hincapié en la definición de concesión, que queda supeditada al concepto de riesgo operacional, sin el cual aquélla carece de sentido. Ahora bien, se trata de un concepto ambiguo que debe ser integrado con criterios interpretativos.

(*) Trabajo recibido en esta REVISTA el 30 de junio de 2015 y evaluado favorablemente para su publicación el 28 de octubre de 2015.

Palabras clave: regulación autónoma; normativa mínima; concesiones; riesgo operacional; transferencia.

ABSTRACT: Until the adoption of Directive 2014/23 EU level concessions were regulated in part (only works, not services) and incomplete, which resulted in many Member States that typified concessions which in practice are public contracts. Therefore, the main novelty of this Directive is to regulate autonomously, uniform and «in full» concessions to definitively distinguish classical works contracts or services, since those are no longer defined by reference to the object of these, but the basis and foundation for operational risk must necessarily be assumed by the concessionaire. In this paper special emphasis on the definition of concession, which is subject to the concept of operational risk, without which it is meaningless. Now, this is an ambiguous concept that must be integrated with interpretive criteria.

Key words: autonomous regulation; minimum standards; concessions; operational risk; transfer.

I. INTRODUCCIÓN

La actual jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y las nuevas Directivas europeas sobre contratación pública y concesiones aprobadas en enero de 2014 han supuesto un *cambio total* en la concepción tradicional de la contratación de las concesiones y servicios.

Regulación que choca frontalmente con muchos de los paradigmas existentes en la normativa estatal y navarra sobre contratos públicos y, especialmente, con muchas prácticas de los diferentes órganos de contratación centrados más en el *objeto del contrato* que se quiere prestar que en los *riesgos* que el contratista asume.

Ello se observa de forma clara en la legislación foral sobre contratación pública, y, más en concreto, en la regulación contenida en la Ley Foral de Administración Local, que aplica el inexistente régimen que para las concesiones recoge la normativa de contratos a los servicios públicos, aun sin mediar explotación.

Es necesario comprender y desarrollar esta nueva regulación europea de obligada transposición antes del 18 de abril de 2016 e intentar conciliarla con la tradición jurídica de los servicios públicos locales.

Hasta la fecha, apenas existía regulación alguna y la consecuencia era la falta de seguridad jurídica en la elección de la modalidad contractual, con importantes efectos jurídicos en la propia definición y desarrollo del contrato.

La metodología a seguir parte de una breve referencia a las nuevas Directivas europeas para centrar el análisis en la Directiva de concesiones mediante el estudio empírico de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Supremo para, una vez analizado todo ello, efectuar propuestas de regulación buscando, además, la utilidad al gestor en materia de contratación.

II. LA CUARTA GENERACIÓN DE DIRECTIVAS SOBRE CONTRATACIÓN PÚBLICA

La importancia de la contratación pública se constata si se tiene presente que el sector público (Administraciones Públicas, empresas públicas, organismos autónomos, etc.) licita aproximadamente unos 25.000 millones de euros anuales. Esto supone el 18% del producto interior bruto (PIB) de la Unión Europea (1).

En la actual situación de crisis económica (2), globalización y constantes cambios en las políticas públicas, las Directivas de contratos 2004/17/CE (sectores especiales) y 2004/18/CE (sectores clásicos) se han mostrado insuficientes (3) para afrontar esta nueva realidad y cumplir con los objetivos de la estrategia Europa 2020 (4).

(1) Nota de prensa del Parlamento Europeo de 15 de enero de 2014, accesible en la página web del Parlamento Europeo.

(2) BLANCO LÓPEZ (2014: pp. 89-90) observa como la crisis financiera mundial ha mostrado sus efectos en el seno de la UE con una severa política de recortes en los presupuestos públicos y de contención del déficit, medidas que, en última instancia, reducen la gestión directa de servicios públicos por parte de las Administraciones, con el consiguiente paso de un Estado paternalista (prestador de servicios) a otro interventor y regulador. Por ello, resalta como la Directiva concesional ha tenido muy presente la entrada del capital privado en la prestación de servicios, en especial, a través de las PYME «En ese contexto y con esos objetivos, desde las Administraciones Públicas se mira al sector económico privado buscando que aporta sus medios de gestión, experiencia y su capacidad financiera».

(3) Especialmente crítico se muestra SANTAMARÍA PASTOR (2013: pp. 31-36) al comentar el rotundo fracaso de los objetivos perseguidos por la legislación europea de contratos públicos: (i) *Creación de un mercado único europeo de compras públicas*. Califica de «ingenuidad enternecedora» pensar que bastaba con publicar las licitaciones en el DOUE y equiparar jurídicamente a todos los operadores de los Estados miembros, garantizando así una mayor participación de las empresas europeas extranjeras en el país contratante. La realidad, prosigue, ha mostrado que tal concurrencia ha sido escasa y por vías ajenas a la legislación contractual (UTE, creación de filiales o adquisición de sociedades), constatando como los mercados son extraordinariamente cerrados; (ii) *Lucha contra la corrupción en la adjudicación de contratos*. Observa como la sofisticación normativa creada para combatirla (objetivar y racionalizar los criterios de adjudicación) y evitar adjudicaciones arbitrarias y caprichosas ha tenido el efecto contrario al perseguido, ya que conjugados tales criterios con unos irreales pliegos y ofertas se alcanza el máximo nivel de subjetividad y discrecionalidad; (iii) *Unificación de las legislaciones de los Estados miembros*. Critica la forma de conseguirlo, tanto porque las Directivas de contratos son esencialmente procesales (derecho de la adjudicación) y falta lo sustancial, el conjunto de derechos y obligaciones de las partes (derecho de la ejecución) como porque la diversidad jurídica de cada Estado miembro impide ese fin y (iv) *Agilización de los procedimientos de contratación*. Resultado nulo, ya que las sucesivas reformas han creado un proceso complejo, que prolonga en demasía el tiempo transcurrido entre la decisión de contratar y la fecha inicial de ejecución efectiva del contrato.

(4) Comunicación de la Comisión, de 3 de marzo de 2010, denominada «Europa 2020: Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador» [COM(2010) 2020 final]. Dicha institución propone una nueva estrategia política, «Europa 2020», para

Ello fue la causa de que con fecha 26 de febrero de 2014 el Parlamento Europeo y el Consejo hayan aprobado la «cuarta generación» de Directivas de contratación pública:

- Directiva 2014/23/UE relativa a la adjudicación de contratos de concesión.
- Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública (general) y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE (5) (sectores clásicos).
- Directiva 2014/25/UE relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales y por la que se deroga la Directiva 2004/17/CE (6) (sectores especiales).
- Como complemento de las anteriores, se ha aprobado la Directiva 2014/55/UE de 16 de abril de 2014, relativa a la facturación electrónica en la contratación pública.

Las tres primeras Directivas deben transponerse antes del 18 de abril de 2016. La de facturación electrónica antes del 27 de noviembre de 2018, dado que su implantación queda supeditada a la previa aprobación de una norma europea sobre facturación electrónica. Además, se tienen presentes las dificultades que su implementación puede suponer para las Administraciones menores y otros entes del sector público.

El objetivo principal de este nuevo paquete legislativo es *modernizar* (7) el régimen jurídico de los contratos públicos de la UE para garantizar la eficiencia de los fondos públicos. Lo cual significa, por un lado, buscar los

apoyar el empleo, la productividad y la cohesión social en Europa. Indica que la UE se encuentra inmersa en un periodo de transformación, derivado de la globalización, del cambio climático y del envejecimiento de la población. Unido a ello, la crisis económica ha cuestionado los logros sociales y económicos realizados por los Estados miembros. Por tanto, para asegurar el desarrollo sostenible de la UE en la próxima década son necesarias nuevas reformas.

(5) El artículo 91 de la Directiva 2014/24 establece que la Directiva 2004/18 queda derogada con efecto a partir del 18 de abril de 2016.

(6) El artículo 107 de la Directiva 2014/25 establece que la Directiva 2004/17 queda derogada con efecto a partir del 18 de abril de 2016.

(7) Libro Verde sobre la modernización de la política de contratación pública de la UE. Hacia un mercado europeo de la contratación pública más eficiente [COM(2011) 15 final], de 27 de enero de 2011. En este documento se destaca que la contratación pública juega un papel clave en la estrategia Europa 2020 como uno de los instrumentos basados en el mercado que deben utilizarse para el logro de los objetivos perseguidos por la precitada estrategia. Concretamente, se pide que la contratación pública: (i) mejore las condiciones generales que favorezcan la innovación por las empresas; (ii) búsqueda de un uso más eficiente de los recursos y con bajas emisiones de carbono, fomentando la generalización de una contratación pública ecológica y (iii) mejora del entorno empresarial, en especial para las PYME innovadoras.

mejores resultados posibles de la contratación (la máxima rentabilidad de las inversiones). Aquí entra en juego el principio de transparencia: esencialmente mediante la publicación de los contratos públicos en el DOUE, de tal forma que los licitadores los conozcan y se animen a presentar sus ofertas. Esto genera una mayor competencia, facilitando, a su vez, el logro de los mejores resultados posibles con la menor inversión, al tiempo que se garantiza una concurrencia equitativa y se evita falsear la competencia. De otro, se persigue incrementar la eficiencia de los procedimientos de contratación mediante su flexibilización y simplificación, creándose, incluso, uno nuevo (la asociación para la innovación). Finalidad que beneficia a todos los agentes implicados y facilita la participación de las PYME (motor económico de los Estados miembros) y otros operadores económicos.

Objetivo complementario es que los órganos de contratación den mayor importancia al valor atribuido a las materias medioambientales, sociales y de innovación cuando establezcan los criterios de adjudicación en los pliegos.

En este afán simplificador y eficiente, considero una gran novedad y rasgo distintivo de las nuevas Directivas de contratos públicos, el hecho de que éstas, a diferencia de sus predecesoras, ya no se limitan a armonizar las fases de preparación y adjudicación de los contratos públicos [ámbito de aplicación, capacidad y solvencia de los licitadores, actuaciones previas a la adjudicación (pliegos administrativos y técnicos), normas de publicidad y transparencia, criterios y procedimientos de adjudicación, etc.], sino que establecen, además, una tímida *regulación integral*. Así, abarca todo el ciclo de vida del contrato, extendiéndose a sus efectos —ejecución— y extinción (modificaciones contractuales, subcontratación y resolución).

No obstante, como crítica, señalar que el título de la Directiva 2014/23, es desafortunado, pues evoca al régimen anterior —ceñido, como acabo de indicar, en la adjudicación—, lo cual puede inducir a equívocos si se compara con la claridad de las Directivas 2014/24 y 2014/25 (8).

(8) Así lo aprecia LAZO VITORIA (2013: p. 146) cuando señala: «De ahí que pueda objetarse al título escogido para la iniciativa “relativa a la *adjudicación* de los contratos de concesión” —con clara influencia de las denominaciones tradicionales— ya que no responde plenamente al contenido de la iniciativa. En contraste las otras dos iniciativas presentadas en paralelo a la que aquí se comenta sí emplean, a mi juicio, un terminología más adecuada (“Directiva de *contratación pública*” y “Directiva relativa a la *contratación* por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales”) ya que ambas incluyen importantes normas relacionadas con la ejecución de los respectivos contratos».

III. LA DIRECTIVA 2014/23/UE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, DE 26 DE FEBRERO DE 2014, RELATIVA A LA ADJUDICACIÓN DE CONTRATOS DE CONCESIÓN

1. Primera regulación autónoma en materia de concesiones

Hasta la aprobación de la Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero, relativa a la adjudicación de contratos de concesión (en adelante, la Directiva 2014/23), la adjudicación de las concesiones a nivel de la UE estaba regulada de forma muy limitada.

La Directiva 2004/17/CE sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales (sectores especiales), definía en su artículo 1.3, a) y b), respectivamente, las «concesiones de obras» y las denominadas por la UE «concesiones de servicios», éstas últimas tipificadas en la normativa española como *contratos de gestión de servicios públicos*.

Las dos clases de concesiones se conceptuaban como contratos de características similares a los contratos de obras o servicios, a salvo la contraprestación que consistía en el derecho a explotar la obra o el servicio, o en dicho derecho acompañado del de percibir un pago.

No obstante, el artículo 18 de la precitada Directiva *excluía* ambos tipos contractuales de su ámbito de aplicación.

La Directiva 2004/18/CE sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, suministros y servicios (sectores clásicos), definía las concesiones siguiendo el modelo de la Directiva 2004/17. O sea, también por referencia al objeto del contrato de obras o servicios respectivo.

Así, la definición de «concesión de obras públicas» del artículo 1.3 (9) de la Directiva 2004/18 era la misma que la prevista para los contratos públicos

(9) El artículo 1.3 de la Directiva 2004/18, tipificaba la concesión de obras públicas. En este contexto, sólo podían ser órganos concedentes o de contratación, los poderes adjudicadores definidos como tales en su artículo 1.9 (los Estados miembros, sus entes territoriales y los organismos de Derecho público y las asociaciones de dichos entes y organismos) en relación, por ejemplo, con sus artículos 2 y 5 a 9. Por el contrario, el vigente artículo 5.1, a) de la Directiva 2014/23 omite el calificativo de públicas en las concesiones de obras. Esto revela la voluntad del legislador europeo de incluir en esta Directiva tanto las obras públicas como las privadas y, por tanto, el que no sólo sean órganos concedentes los poderes adjudicadores de su artículo 6 (Estados miembros, autoridades regionales y locales, sus organismos de derecho público y asociaciones) sino también las entidades adjudicadoras previstas en su artículo 7 (las del art. 6 más las entidades que gocen de derechos exclusivos o especiales, además de las empresas públicas). En definitiva, la nueva Directiva 2014/23 *extiende el ámbito subjetivo* de aplicación a todo el sector público.

de obras en su artículo 1.2, b), con la diferencia de que la contraprestación de la concesión consistía en el derecho a explotar la obra, o en dicho derecho acompañado de un precio.

La concesión de obras públicas quedaba dentro del ámbito de aplicación de la Directiva 2004/18 de contratos públicos.

De igual forma, pero por remisión a los servicios, se definía en el artículo 1.4 de la Directiva 2004/18 la «concesión de servicios». Ahora bien, es importante resaltar que las concesiones de servicios quedaban expresamente *excluidas* de su ámbito de aplicación en virtud de su artículo 17 (10).

Esta exclusión conllevaba, según el considerando 4 de la Directiva 2014/23, que las concesiones de servicios de interés transfronterizo (las que superan un determinado umbral europeo o SARA), sólo estaban sometidas a los principios generales del TFUE y a los criterios jurisprudenciales del TJUE.

Es decir, junto a las *libertades* europeas (libre circulación de mercancías, libertad de establecimiento y libre prestación de servicios), debían tenerse presentes los *principios* derivados de aquéllas (también conocidos como principios generales de la contratación pública) (11), que son los siguientes: igualdad de trato, no discriminación, reconocimiento mutuo, proporcionalidad y transparencia.

Al hilo, advierte dicho considerando 4 que:

«Existe un riesgo de inseguridad jurídica relacionado con las divergentes interpretaciones de los principios del Tratado por los legisladores nacionales y de grandes disparidades entre las legislaciones de los diferentes Estados miembros. Dicho riesgo ha sido confirmado por una amplia jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que sin embargo aborda solo en parte determinados aspectos de la adjudicación de contratos de concesión.

Es necesario que los principios del TFUE se apliquen de manera uniforme en todos los Estados miembros y que se eliminen las discrepancias de interpretación de dichos principios en toda la Unión al objeto de eliminar las perturbaciones persistentes que se producen en el mercado interior».

En ese contexto, del notable interés (12) europeo por las concesiones, incrementado enormemente por la situación de crisis económica global, deviene

(10) HERNÁNDEZ GONZÁLEZ (2015: p. 3) afirma que «La razón de esta marginación radica en el diferente tratamiento jurídico que la concesión de servicios recibe en los Derechos nacionales y en la necesidad de dotar a las autoridades contratantes de un margen de flexibilidad acorde con su complejidad».

(11) Ínsitos conforme a la jurisprudencia del TJUE en los antiguos artículos 43 y 49 del Tratado de Roma de 1957, hoy sustituidos por los artículos 49 y 56 del TFUE, actual denominación de aquél tras el Tratado de Lisboa de 2007.

(12) El considerando 3 de la Directiva 2014/23/UE reconoce la importancia de las concesiones en los siguientes términos: «La contratación pública desempeña un papel clave en

una «completa» regulación de las mismas, no limitada, por tanto, a los principios originarios del TFUE.

A) Aclaración

La Directiva 2014/23 lleva por título: «Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión».

En la Conferencia sobre las nuevas normas de la UE relativa a adquisiciones y concesiones (13) celebrada en Bruselas el día 19 de marzo de 2014, el Sr. Philippe Juvín, ponente de la Directiva 2014/23, efectuó una observación muy importante indicando que en el momento de la redacción del Proyecto de informe sobre la Propuesta de Directiva se debería haber incluido un cambio en el título de la misma. Consideraba que el título más apropiado hubiera sido no ya contrato de concesión, sino «contrato basado en riesgo» (14) por que, hasta el momento, los Estados miembros aplicaban regímenes jurídicos que denominaban concesiones, si bien desde la perspectiva de la Directiva 2014/23 no lo son.

B) Razón de ser de una normativa independiente

El considerando 18 de la Directiva 2014/23 establece que:

«Las dificultades relacionadas con la interpretación de los conceptos de concesión y de contrato público han generado una inseguridad jurídica continua para las partes interesadas y han dado lugar a numerosas sentencias del Tribunal de Justicia

la estrategia Europa 2020, establecida en la Comunicación de la Comisión, de 3 de marzo de 2010, titulada “Europa 2020, una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador” (“la estrategia Europa 2020”), ya que es uno de los instrumentos basados en el mercado destinados a conseguir un crecimiento inteligente, sostenible e integrador y fomentar al mismo tiempo la utilización más eficiente posible de los fondos públicos. En este contexto, los contratos de concesión representan instrumentos importantes para el desarrollo estructural a largo plazo de la infraestructura y los servicios estratégicos, contribuyendo al desarrollo de la competencia en el mercado interior, permitiendo que se aprovechen las competencias del sector privado y contribuyendo a lograr eficiencia y aportar innovación».

(13) Intervención que puede visualizarse en la página web de la Comisión Europea.

(14) BLANCO LÓPEZ (2014: p. 93) critica el excesivo protagonismo concedido por la Directiva 2014/23 al riesgo operacional: «Sin embargo, reconociendo que la directiva es la primera regulación en la materia, debe afirmarse que ha concentrado sus estipulaciones exageradamente en la regulación del traslado al concesionario del “riesgo operacional”, dejando abandonadas cuestiones que compensan ese factor como son la regulación del necesario equilibrio económico del contrato (art. 258 TRLCSP), el reparto adecuado de riesgos y los sistemas de financiación de las concesiones».

de la Unión Europea. Por lo tanto, debe aclararse la definición de «concesión», en particular haciendo referencia al concepto de riesgo operacional».

Esta tradicional disquisición terminológica (básicamente en el ámbito de los servicios) quedó plasmada en varios documentos:

— Propuesta de Directiva 2014/23 —SEC(2011) 1588 final y SEC(2011) 1589 final— que advertía en términos similares al precitado considerando 18:

«Las dificultades relacionadas con la interpretación de los conceptos de concesión y contrato público han sido fuente de continua inseguridad para las partes interesadas y han dado lugar a numerosas sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea a este respecto. Por lo tanto, debe aclararse la definición de concesión, en particular haciendo referencia al concepto de riesgo operacional sustancial (considerando 7)».

— Enmiendas del Parlamento Europeo al texto elaborado por la Comisión:

«Contrarrestar la idea equivocada de que la concesión no es más que una forma determinada de contrato público» (15).

De esta forma, para abordar los problemas de inseguridad jurídica, obstaculización a la libre prestación de servicios y falseamiento del mercado interior derivados de la falta de unas normas claras en materia de concesiones, la Directiva 2014/23 estima necesario introducir un *marco jurídico adecuado, equilibrado y flexible* (Cdo. 1).

Se trata de establecer una regulación integral aplicable a la adjudicación de las concesiones mediante la fijación de unas *normas claras y sencillas*. No obstante, deben reflejar adecuadamente la *especificidad* de las concesiones respecto de los contratos públicos, además de evitar una burocracia excesiva (Cdo. 2).

Advierte GIMENO FELIÚ (2013: p. 95) que la incorrecta tipificación de un contrato público puede alterar las normas y principios esenciales en materia de contratación pública (16). No se trata tan sólo de un tema dogmático, señala.

(15) Propuesta de Directiva 2014/23: Comisión de Mercado Interior y Protección al Consumidor, Parlamento Europeo: Proyecto de informe sobre la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la adjudicación de contratos de concesión, de 1 de febrero de 2013, ponente: Philippe Juvin, p. 205, accesible en el Documento de sesión (A7-0030/2013) del Parlamento Europeo.

(16) RAZQUIN LIZARRAGA (2014: pp. 38-40) advierte que la ambigüedad del concepto de «contrato de gestión de servicios públicos» del artículo 8 del TRLCSP debe resolverse para distinguirla del contrato de servicios, ya que tiene consecuencias internas: «Un contrato de gestión de servicios públicos no puede ser objeto de recurso contractual y sólo se permite el recurso precontractual cuando cumpla los dos requisitos antes mencionados, mientras que no ocurre lo mismo si el contrato es calificado como contrato de servicios, donde cabe tanto el

También se altera su régimen jurídico (cambian las normas de publicidad y de solvencia). A su juicio, la principal novedad de la Directiva 2014/23 radica en regular de forma autónoma las concesiones, plasmado ahora en la definición establecida en su artículo 5.1.

RAZQUIN LIZARRAGA (2014: pp. 64-65) ya apuntó como uno de los elementos más destacados de la Propuesta de Directiva 2014/23 la fijación del concepto de concesión, y su separación de los contratos públicos. Ahora bien, recuerda, con base en la jurisprudencia del TJUE, como en las concesiones debe transferirse de forma total o significativa el riesgo operacional desde el órgano concedente al concesionario, aunque este riesgo sea muy limitado; razón por la cual se introduciría el concepto de riesgo operacional en el articulado de la nueva Directiva.

Por tanto, el concepto de concesiones regulado en el artículo 5.1 de la Directiva 2014/23, a diferencia de la regulación anterior, se desvincula totalmente de los contratos clásicos de obras o servicios puesto que ya no se define por referencia al objeto de éstos, sino con base y fundamento en el *riesgo operacional*, que se erige en piedra angular del sistema.

En palabras de LAZO VITORIA (2013: p. 144) esto supone una «vocación rupturista con la regulación tradicional» de los contratos.

VÁZQUEZ DEL REY VILLANUEVA (2012: p. 56) tacha de poco convincente lo apuntado en los trabajos preparatorios de que la normativa de contratos públicos pudiera resultar demasiado compleja para las concesiones. Por contra, se postula a favor del hecho contrastado doctrinal y jurisprudencialmente de que contratos públicos y concesiones son dos instituciones diferentes. Así, alude a la característica principal de las concesiones, la transferencia de la responsabilidad al concesionario de la totalidad o, al menos, una parte significativa del riesgo operacional; aspecto no concurrente, al menos con esa entidad, en los denominados contratos públicos europeos.

GARCÍA RUBIO (2015: p. 1) justifica la diferenciación entre ambas clases contractuales «por el mayor riesgo que la operación implica, por la mayor complejidad jurídica de la relación entablada entre el concesionario y los poderes o entidades adjudicadores como consecuencia de la larga duración

recurso precontractual como el contractual» (entiéndase por recurso precontractual el recurso especial en materia de contratación del art. 40 TRLCSP y por recurso contractual la cuestión de nulidad del art. 39 TRLCSP. En Navarra, el recurso especial o reclamación cabe frente a todos los contratos ex arts. 210.1 LFCP y 232 LFAL) y a nivel UE: «*La próxima aprobación del paquete de Directivas comunitarias sobre contratación pública y concesiones incidirá de nuevo en la redefinición del contrato de gestión de servicios públicos y en su acomodación a los tipos contractuales de estas Directivas donde no aparece el tipo de contrato de gestión de servicios públicos, sino otros diferentes como los contratos de servicios o las concesiones de servicios*» (la cursiva no es original).

de la concesión; y por la mayor flexibilidad que requiere la ejecución de la concesión».

Dedicar una Directiva *ad hoc* para las concesiones, tiene *per se* un efecto sugestivo, que las singulariza y permite diferenciarlas de los contratos públicos. A mi juicio, si con ello se contribuye a la mejor comprensión del sistema público de contratos, y se incrementa la seguridad jurídica, sin duda alguna, tal concreción merece la pena (17).

Por otro lado, habrá que ver si en la transposición de las nuevas Directivas contractuales el legislador *estatal* sigue la hoja de ruta marcada por éstas, estableciendo una legislación específica para las concesiones —acogiendo definitivamente la denominación de concesión de obras y servicios y no la de «contrato de concesión de obras públicas» y de «contrato de gestión de servicios públicos», respectivamente— o, si por el contrario, tal y como se viene oyendo en los foros, crea una Ley o Código de Contratos del Sector Público omnicompreensivo de los diferentes sectores regulados en el nuevo paquete legislativo europeo.

Otro tanto debe decirse respecto a la *Comunidad Foral de Navarra*, si bien me remito al Título IV del presente Trabajo.

Además, para no reincidir en los mismos errores que en el pasado sería bueno que tanto el legislador estatal como el foral omitan toda referencia al contrato de gestión de servicios públicos para referirse a las concesiones de servicios, de tal forma que se impute a esta última denominación la gestión indirecta de los servicios públicos mediante concesión.

Asimismo, de las distintas formas de gestión indirecta de los servicios públicos, el legislador estatal en su labor de implementación debería eliminar de aquéllas: (i) el concierto (que como tal no es un servicio público sino una actividad de fomento conforme a la doctrina clásica sentada por JORDANA DE POZAS sobre fomento, servicio público y policía; no obstante lo cual fue introducido como servicio público con la LCE de 1965), que sólo será una concesión de servicios si existe una transferencia del riesgo operacional. De lo contrario, será tipificado como un contrato de servicios; (ii) la gestión interesada (en la que se reparte el riesgo de explotación entre la Administración y el empresario) y (iii) la sociedad de economía mixta (forma institucionalizada de colaboración público-privada o entramado organizativo) (18). Argumentos extrapolables al legislador foral, a los que debe añadirse la supresión del (iv) arrendamiento

(17) RIBERA SALA (1998: p. 41) afirma: «De la bellota nacerá la encina y no cualquier otro tipo de árbol. Conociendo la encina podemos comprender la bellota, pero no a la inversa. De la semilla no se puede “deducir” el árbol. Sólo al término del proceso, una vez ha culminado su despliegue, podemos entender el principio del proceso y al proceso mismo en su conjunto».

(18) Vid. Informe 2/2014, de 22 de enero, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón (en adelante, JCCAA), FJ 4º.

(art. 202 LFAL) como forma de gestión de servicios públicos, ya que, como el concierto, sólo será concesión de servicios si existe transferencia del riesgo de explotación. En caso contrario, será un contrato de asistencia (19).

En definitiva, sería conveniente que el legislador conciba como *única* forma de gestión indirecta de los servicios públicos la concesión de servicios y, por analogía, la de obras.

Sentadas las bases en la Directiva 2014/23, considero que, tanto a nivel estatal como de la Comunidad Foral de Navarra, no es preciso establecer leyes específicas para las concesiones, sino que basta con su integración en un Título *ad hoc* de las respectivas leyes o códigos, estatal y foral, que transponga la Directiva general de contratos públicos.

C) Marco jurídico

Con la aprobación de la Directiva 2014/23 el marco jurídico concesional europeo ha variado sustancialmente, siendo las novedades más relevantes:

— Establecer una regulación autónoma para las concesiones, separándola definitivamente del resto de contratos públicos.

— Armonizar el régimen jurídico aplicable tanto a las ya tradicionales concesiones de obras públicas (absorbidas por el más genérico concepto de concesiones de obras) como las olvidadas concesiones de *servicios*, cuyo valor iguale o supere los 5.186.000 euros, IVA excluido.

— Regular las concesiones de todos los sectores de la contratación pública de la UE, comprendiendo el sector clásico (Directiva 2014/24); los sectores especiales (Directiva 2014/25) y el sector de la defensa y seguridad (Directiva 2009/81), a salvo las especialidades previstas para cada uno de ellos.

— Ampliar el campo de acción a materias no previstas anteriormente, como son las relativas al régimen de modificación de las concesiones (aclarando cuándo es necesario un nuevo proceso de licitación según aquélla sea o no sustancial), la subcontratación, la resolución anticipada de la concesión en determinados supuestos y los recursos.

D) Cuatro grandes objetivos

A mi juicio, los cuatro grandes objetivos perseguidos por la Directiva 2014/23 son:

1. Aclarar la definición de concesión, en particular haciendo referencia al concepto de riesgo operacional.

(19) Vid. Título IV, Punto 2º del presente Trabajo.

2. Establecer un marco jurídico adecuado, equilibrado y flexible mediante la creación de un texto «light» (20) que aclare y simplifique las cosas e introduzca una cierta coherencia y seguridad jurídica en la aplicación de las concesiones por parte de los Estados miembros.

3. Maximizar la rentabilidad de las inversiones públicas de tal forma que los ciudadanos puedan disfrutar de unos servicios de calidad al mejor precio.

4. Garantizar y facilitar el acceso al mercado de las concesiones a todos los operadores económicos de la UE, en particular a las PYME.

E) Política continuista de los servicios públicos

Mención especial refiere el respeto a los servicios públicos contenido en la Directiva 2014/23.

Su considerando 5 reconoce la libertad de los Estados miembros para realizar las obras o prestar servicios directamente al público o para externalizarlos mediante su delegación a terceros, en aras a la consecución de sus objetivos de interés público.

El considerando 6 declara la libertad de los Estados miembros para decidir la forma de organizar la prestación de servicios, ya sea como servicios de interés económico general (21), como servicios no económicos de interés general (22) (excluidos ex art. 4.2 de la Directiva 2014/23), o ambos combinados.

(20) En este contexto, destacar como una diferencia fundamental entre la Directiva 2014/23 y la Directiva 2014/24, es que la primera establece una «coordinación mínima» (Cdos. 8 y 87) que permite a los Estados miembros completarla y desarrollarla, frente al grado de detalle de la Directiva general. LAZO VITORIA (2014: p. 10) lo explica del siguiente modo: «Se propone, en cambio, una regulación “aligerada” de los aspectos más relevantes pero reconociendo, al mismo tiempo, un amplio margen a los Estados miembros para establecer sus propias soluciones organizativas y procedimentales. Así, por ejemplo, se regula cuidadosamente la publicidad de los contratos de concesión pero, en contraste, no se incluyen disposiciones relativas a los procedimientos de adjudicación (denominación, tipología, requisitos, plazos, etc.), sino que sólo determinados requisitos genéricos, aplicables a la estructura del procedimiento que en cada caso se aplique».

(21) SÁNCHEZ MORÓN (2011: p. 771) indica que los servicios económicos de interés general «consisten en una actividad por la que se ofrecen bienes y servicios a un determinado mercado. Se distinguen de las actividades puramente mercantiles porque están sujetos a las citadas obligaciones específicas de servicio público, que les son impuestas por la legislación y por las autoridades públicas, (...) Entre ellos se encuentran los grandes servicios económicos organizados *en redes*, tales como el transporte, los servicios postales, la energía y las telecomunicaciones, (...) pueden ser de *titularidad pública o privada*. (...) No obstante, lo característico es que los poderes públicos no hacen dejación, en relación con todos estos servicios, de las responsabilidades que les corresponden para garantizar el interés general».

(22) El punto 2.1 de la Comunicación de la Comisión de 20.11.2007 COM(2007) 725 final, define los servicios no económicos: «estos servicios, que generalmente son prerro-

Asimismo, las autoridades nacionales, regionales y locales tienen libertad tanto para definir, de acuerdo con el Derecho de la Unión, los servicios económicos de interés general, su ámbito de aplicación y caracteres, como para prestarlos, encargarlos y financiarlos.

Libertades erigidas en «principio de libertad de administración de las autoridades públicas» en el artículo 2.1 de la Directiva 2014/23, siempre que quede garantizado un alto nivel de calidad, seguridad y accesibilidad económica, la igualdad de trato y la promoción del acceso universal y de los derechos de los usuarios en los servicios públicos.

Este artículo 2.1 de la Directiva 2014/23 no estaba inicialmente previsto en el texto de la Comisión, pero como señaló el ponente Sr. Juvín en la precitada Conferencia de 19 de marzo de 2014, tras una reunión con un grupo de lobbystas, se decidió incluirlo con base en el texto constitucional francés.

Otros no niegan que la Constitución francesa prevea tales libertades, si bien consideran que, en el ámbito de la UE, el Tratado de Lisboa de 2007 es el marco jurídico de referencia.

Además, para acallar las críticas suscitadas de que la nueva Directiva supondría la privatización de los servicios públicos (el ejemplo más claro es el sector del agua), tanto el considerando 7 como el artículo 2.2 de la Directiva 2014/23, garantizan que ésta no pretende ser un cauce privatizador de los servicios públicos.

2. Aplicación directa

Como ya advirtiera RAZQUIN LIZARRAGA (1996: pp. 103-106) el ingreso de España en las Comunidades Europeas tuvo, entre otros efectos, la inmediata

gativas tradicionales de los Estados, como la policía, la justicia y los regímenes obligatorios de seguridad social, no se someten a leyes concretas de la UE, ni están cubiertos por las normas del Tratado sobre mercado interior y competencia. Algunos aspectos de la organización de estos servicios pueden estar sujetos a otras normas del Tratado, como el principio de no discriminación». SÁNCHEZ MORÓN (2011: p. 773) indica que «los servicios de interés general no económicos son aquellos en que no predomina la finalidad lucrativa sino otra de naturaleza cívica o social». Considera que no están sujetos al principio de libre competencia, con lo cual los Estados miembros pueden reservarlos a una Administración o atribuir derechos exclusivos o especiales de gestión del servicio a otros entes, siempre que se respete el principio de no discriminación y, cuando proceda, los propios de la contratación pública. Cita, conforme a la jurisprudencia del TJUE y a la Comisión Europea, como ejemplos de tales servicios la educación, la sanidad, los regímenes de Seguridad Social obligatorios, los servicios sociales o asistenciales y los servicios culturales. Señala que la mayoría de los Estados miembros los organizan como servicios de titularidad pública o servicios públicos en sentido estricto, sin perjuicio de la participación privada.

aplicación en aquél del Derecho comunitario. Es decir, conforme al artículo 96.1 Constitución Española el ordenamiento jurídico comunitario pasó a ser parte integrante de nuestro derecho interno. Así constaba en los artículos 2 y 3 del Acta de Adhesión de España y Portugal, que establecían la aplicación del denominando acervo comunitario a los mismos.

Lo anterior significó, centrados en la materia que se examina, que de ahí en adelante España asumía la obligación de incorporar a su ordenamiento jurídico las Directivas de contratos públicos mediante la técnica de la transposición.

Así, el precitado autor observa como ya la jurisprudencia del entonces TJCE estableció que las Directivas eran, y son, plenamente aplicables en los Estados miembros, una vez transcurrido el plazo de adaptación y siempre que sean claras y precisas, permitiendo su aplicación directa. Ello implica su invocación por cualquier sujeto de derecho (otros Estados miembros, las empresas o los ciudadanos) contra el Estado incumplidor.

Ahora bien, matizado queda que se trata de una aplicación directa *diferida*, a diferencia de la inmediata y prevalente de los reglamentos desde su publicación en el DOUE, dado que es precisa su integración en el ordenamiento jurídico mediante el recurso a la aludida técnica de la transposición.

Según la Comisión Europea (23):

- Los reglamentos equivalen a las leyes nacionales, salvo que se aplican en todos los países miembros.
- Las directivas sientan principios básicos, pero dejan su puesta en práctica en manos de los gobiernos a través de las respectivas normativas nacionales.

3. Entrada en vigor. Plazo de transposición

A) Entrada en vigor

El artículo 54 de la Directiva 2014/23 establece que la misma entrará en vigor a los 20 días de su publicación en el DOUE. Considerando que esta se produjo el 28 de marzo de 2014, la misma está plenamente vigente desde el 17 de abril de 2014.

Dicho artículo establece, además, que la Directiva no se aplicará a la adjudicación de concesiones ofrecidas o adjudicadas antes del 17 de abril de 2014.

(23) Información que puede consultarse en la página web de la Comisión Europea.

B) Plazo de transposición

El artículo 51 de la Directiva 2014/23 habilita un plazo de dos años desde su entrada en vigor para que los Estados miembros adopten las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para cumplir con la misma, siendo, por tanto, la fecha tope el 18 de abril de 2016.

C) Falta de transposición e irregularidades. Efecto directo

La no transposición en plazo de una directiva, su transposición parcial o incorrecta produce el efecto general de permitir a los ciudadanos invocar su efecto directo ante los tribunales nacionales. Para ello, la directiva debe reunir dos requisitos:

- que sus normas sean claras y precisas,
- que el mandato contenido en ella sea incondicional, en el sentido de no dejar margen de discrecionalidad a los Estados miembros.

No obstante, también se prevé la posibilidad de que la Comisión Europea o los Estados miembros, previo sometimiento de la Comisión (art. 259 TFUE), interpongan frente al Estado infractor recurso por incumplimiento ante el Tribunal de Justicia. Si éste reconoce la existencia de incumplimiento, dictará una primera sentencia con las medidas a adoptar por el Estado miembro para remediar la situación.

Posteriormente, si la Comisión considera que el Estado miembro no ha adoptado las medidas necesarias, recurre una segunda vez al Tribunal de Justicia. Si este órgano confirma que el Estado miembro ha incumplido su primera sentencia, puede imponerle el pago de una multa, a propuesta de la Comisión (art. 260 TFUE).

En consecuencia, considerando lo innovador de la Directiva 2014/23, la existencia en varios Estados miembros de una legislación consolidada en la materia (entre otros, España, Francia y Portugal) y su carencia en otros (Italia, por ejemplo, lo que le va a suponer un desafío enorme), sería conveniente una estrecha colaboración entre todos los agentes implicados para una correcta implementación de la Directiva.

4. Estructura

La Directiva 2014/23 va precedida de una Exposición de Motivos que consta de 87 considerandos, los cuales son relevantes porque explican el sentido y la interpretación que se le quiere dar al articulado.

Se divide en cinco Títulos referidos, respectivamente, al objeto, ámbito de aplicación, principios generales y definiciones (arts. 1-29), las normas en

materia de adjudicación de concesiones (arts. 30-41), las normas relativas a la ejecución (arts. 42-45), el sistema de recursos (arts. 46-47), y las delegaciones de poderes, competencias de ejecución y disposiciones finales (arts. 48-55).

El esquema se completa con 11 anexos.

5. Definición de concesión. El riesgo operacional

A) Concepto de concesión

A mi juicio es la principal novedad de la Directiva 2014/23, puesto que la concesión ya no se define por referencia al propio objeto del contrato (24), sino sobre la base de la existencia de explotación de la obra o servicio, por remisión al concepto de riesgo operacional (de explotación).

Su considerando 11 define qué son las concesiones (25):

«Las concesiones son contratos a título oneroso mediante los cuales uno o más poderes o entidades adjudicadores confían la ejecución de obras o la prestación y gestión de servicios a uno o más operadores económicos. El objeto de dichos contratos es la contratación de obras o servicios mediante una concesión cuya contrapartida consiste en el derecho a explotar las obras o servicios, o este mismo derecho en conjunción con un pago. Estos contratos pueden conllevar o no la transferencia de la propiedad a los poderes o entidades adjudicadores, pero estos obtienen siempre los beneficios derivados de las obras o servicios».

Junto a ello, el artículo 5.1 de la Directiva 2014/23 introduce la nota esencial del *riesgo operacional* (26), conforme a la jurisprudencia del TJUE, condición *sine qua non* para que exista concesión:

(24) PFLUEGER TEJERO (2013: p. 4) defiende que para distinguir el contrato de concesión del resto de contratos públicos debe tenerse presente que: «El rasgo esencial que caracteriza a la concesión no es el propio objeto del contrato, por ejemplo la explotación del servicio, pues esta nota también la posee el contrato de servicios, sino la transferencia del riesgo económico en la prestación del servicio al concesionario».

(25) El artículo 5.1 de la Directiva 2014/23 conceptúa las concesiones de obras o servicios. Para evitar reiteraciones indebidas, haré referencia a ambas definiciones al tratar su ámbito de aplicación objetivo.

(26) El considerando 18 de la Directiva 2014/23 establece: «Por lo tanto, debe aclararse la definición de “concesión”, en particular haciendo referencia al concepto de riesgo operacional. La característica principal de una concesión, el derecho a explotar las obras o los servicios, implica siempre la transferencia al concesionario de un riesgo operacional de carácter económico que supone la posibilidad de que no recupere las inversiones realizadas ni cubra los costes que haya sufragado para explotar las obras o los servicios adjudicados en condiciones normales de funcionamiento, si bien parte del riesgo siga asumiéndolo el poder o entidad adjudicador».

«La adjudicación de las concesiones de obras o servicios implicará la transferencia al concesionario de un riesgo operacional en la explotación de dichas obras o servicios abarcando el riesgo de demanda o el de suministro, o ambos. Se considerará que el concesionario asume un riesgo operacional cuando no esté garantizado que, en condiciones normales de funcionamiento, vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes que haya contraído para explotar las obras o los servicios que sean objeto de la concesión. La parte de los riesgos transferidos al concesionario supondrá una exposición real a las incertidumbres de mercado que implique que cualquier pérdida potencial estimada en que incurra el concesionario no es meramente nominal o desdeñable».

En definitiva: la característica principal de una concesión es la explotación. Por lo tanto, con la Directiva 2014/23 para que haya explotación, tiene que haber riesgo (27).

B) El riesgo operacional

a) Ambigüedad del término

La Directiva 2014/23 no recoge un concepto preciso de riesgo operacional, sino que lo construye con base en determinados criterios que necesariamente deben concurrir (inseguridad en la recuperación de las inversiones, riesgo de exposición «real» a las incertidumbres del mercado, condiciones normales de funcionamiento, etc.) (28).

Ahora bien, estos criterios no son categóricos. Es decir, no permiten saber, *ex ante*, en todo caso y para siempre, cuándo se ha transferido el riesgo.

¿Cuál es la razón de esa indefinición? Las concesiones son muy variadas y, por ende, cada una presenta unos caracteres propios (no es lo mismo, por ejemplo, la explotación de una autopista que la de una guardería). Esto acentúa la complejidad de las concesiones e impide fijar con precisión un concepto definitivo de riesgo operacional.

(27) El Informe 2/2014, de 22 de enero, de la JCAA, FJ 4º indica: «Puesto que, la diferencia fundamental entre contrato de servicios y concesión de servicio ya no es el destinatario de la prestación, sino el régimen de explotación, la prestación de un mismo servicio público —es decir un servicio asumido como propio por la entidad adjudicadora— podrá configurarse como contrato de gestión de servicio público en régimen de concesión o como contrato de servicio, dependiendo de cómo se concreten en los pliegos las condiciones de prestación del servicio, el régimen retributivo y el reparto de riesgos».

(28) En España, el Informe 80/2013 de la JCCA introdujo como criterio complementario al de la transferencia del riesgo de explotación al concesionario, el de que este asuma en mayor o menor medida la organización del servicio, a salvo las potestades de policía de la Administración concedente. Transferencia de la organización del servicio que califica como «exigencia lógica de la propia asunción del riesgo de explotación».

Así por ejemplo, durante la tramitación (29) de la Directiva 2014/23 se estudió la necesidad de fijar el porcentaje de riesgo que el poder o entidad adjudicadora tenían que transferir al concesionario para poder concluir con certeza cuándo existía una concesión. Se llegó a la conclusión de que era imposible fijar tal porcentaje en atención al casuismo inherente a las concesiones.

Por lo tanto, considero que el concepto de riesgo operacional es un término ambiguo que impide definirlo hasta sus últimas consecuencias, por lo que deberá analizarse cada supuesto concreto, siendo preciso acudir al TJUE en numerosas ocasiones.

Casuismo ya sostenido por LAZO VITORIA (2013: p. 153) en relación con el problema de la distribución de riesgos («qué riesgos, cómo y en qué medida deben ser transferidos»), señalando que «la citada distribución de riesgos se realiza necesariamente *ad casum*». Observa como las características de los contratos de concesión (larga duración, complejidad, etc.), impiden tipificar *ab initio* un listado estandarizado de riesgos, puesto que su concreción queda supeditada a las peculiaridades de la explotación de cada obra o servicio en particular.

b) Criterios interpretativos

El concepto de riesgo operacional precisa de los siguientes matices:

- «debe entenderse como el riesgo de exposición a las incertidumbres del mercado» (Cdo. 20) y debe ser una exposición «real» que suponga que las posibles pérdidas no sean irrelevantes o ínfimas (art. 5.1);

Este criterio está extraído de la jurisprudencia del TJUE. En este sentido, la Sentencia del TJUE, de 10 de marzo de 2011 (asunto C-274/09, *Privater*) lo define del siguiente modo:

«A este respecto, procede señalar que el riesgo de explotación económica del servicio debe entenderse como el riesgo de exposición a las incertidumbres del mercado (véase, en este sentido, la sentencia *Eurawasser*, antes citada, apartados 66 y 67), que puede traducirse en el riesgo de enfrentarse a la competencia de otros operadores, el riesgo de insolvencia de los deudores de los precios por los servicios prestados, el riesgo de que los ingresos no cubran íntegramente los gastos de explotación o incluso el riesgo de responsabilidad por un perjuicio causado por una irregularidad en la prestación del servicio (véanse, en este sentido, las sentencias de 27 de octubre de 2005, *Contse* y otros, C-234/03, Rec. p. I-9315, apartado 22, y *Hans & Christophorus Oymanns*, antes citada, apartado 74)» (ap. 37).

(29) Así se indica en la Conferencia sobre las nuevas normas de la UE relativa a adquisiciones y concesiones, celebrada el día 19 de marzo de 2014 en Bruselas, ya citada.

El Informe 2/2014, de 22 de enero, de la JCCAA, FJ 3º, define el riesgo de explotación por remisión a la Comunicación interpretativa de la Comisión Europea sobre las concesiones en el derecho comunitario del año 2000, de 12 abril:

«El «riesgo de explotación» lo define la Comunicación como la responsabilidad sobre los aspectos técnicos, financieros y de gestión, que va más allá del riesgo inherente a un contrato público, de tal forma que el concesionario asume los riesgos que derivan de las modificaciones normativas que afectan al objeto de la prestación (con excepción de los supuestos de *factum principis*), de las obsolescencias técnicas, etc., que son especialmente importantes en plazos de ejecución largos, como suele ser típico en todas las concesiones)».

- No debe confundirse con el principio de riesgo y ventura que es inherente a todo contrato, ya que si así fuera, todos ellos serían concesiones;

Procede traer a colación la jurisprudencia del TS sobre la diferente naturaleza jurídica de los contratos y concesiones; entre otras, la Sentencia de 14 de febrero de 1986, RJ 1986\1582, FJ 2º,

«(...) aunque es cierto que el párrafo primero del artículo 116 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales (RCL 1956\85 y NDL 22516) establece la aplicabilidad subsidiaria del Reglamento de Contratación de tales Entidades (RCL 1953\1054 y NDL 22515) y que, normalmente, el otorgamiento de una concesión reviste los caracteres externos de un contrato administrativo, no todas las normas de éstos son aplicables en el ámbito de las concesiones y así, mientras los contratos responden al principio de riesgo y ventura, que recoge expresamente el artículo 57 del segundo de los Reglamentos citados, tal principio no es aplicable a la esfera de las concesiones, ya que para éstas el principio aplicable es el del equilibrio financiero de la concesión», o

de igual modo, la Sentencia de 6 de marzo de 1999, RJ 1999\1983, FJ 3º:

«(...) que a diferencia de los contratos administrativos, que se rigen por el principio de riesgo y ventura del contratista, las concesiones lo hacen por el del equilibrio financiero».

LAZO VITORIA (2013: pp. 153-154) ya indicó que el riesgo operacional tiene una «formulación más estricta del principio de riesgo y ventura». Posición que mantiene HERNÁNDEZ GONZÁLEZ (2015: pp. 12-13) indicando que «el riesgo operacional va a tener un significado más restrictivo que el riesgo y ventura inherente a la ejecución de todo contrato público», además de que «aunque previsible, debe ser *incierto*».

Concepción estricta que suscribe GIMENO FELIÚ (2014: p. 77) al rebatir la propuesta de la precitada autora de flexibilizar el concepto de «riesgo operacional sustancial» contenido en la propuesta de Directiva, opinando al

respecto que «no parece sencillo, dado que la nueva normativa comunitaria parece bloquear el concepto, lo que limita (sino excluye) cualquier posibilidad de flexibilización a adaptación».

Otros, como GONZÁLEZ DE OLANO y NAVARRO MANICH (30) y PFLUEGER TEJERO (2013: pp. 4-5) opinan que el riesgo operacional se ajusta, en general, al clásico principio de riesgo y ventura contractual, particularmente en las concesiones.

El considerando 20 de la Directiva 2014/23 advierte que el riesgo operacional «debe derivarse de factores que escapen al control de las partes», por lo que el «riesgo vinculado» fuerza mayor no es un factor determinante para calificar el contrato como concesión, por ser un riesgo consustancial a todo contrato.

Si bien suscribo esa puntualización —la fuerza mayor es un acontecimiento extraordinario totalmente ajeno a la voluntad de las partes (art. 231 TRLCSP)—, llama mi atención el hecho de que, de acontecer la misma, sólo sea compensada parcialmente (Cdo. 19).

Considerando que la fuerza mayor es una de las excepciones al principio de riesgo y ventura que permite restablecer el equilibrio económico, en lo que ahora interesa, en favor del concesionario, ese abono parcial supone, a mi juicio, incrementar los riesgos que aquél debe asumir, ya que la Administración no va a tener la obligación de asegurar «los rendimientos mínimos acordados en el contrato» [ap.3, último inciso, del art. 258 del TRLCSP / ap.2, b)], precisamente para no desnaturalizar la concesión.

Además, se infiere que para que proceda dicha compensación, es necesario que la prevean los pliegos (Cdo. 19), lo que la limita a los supuestos del artículo 106 TRLCSP y no a los de su artículo 107.1, c) / 223, g) (compreensivo tanto de la fuerza mayor como del caso fortuito).

Esto último resulta contradictorio, pues la fuerza mayor —por analogía, la teoría del riesgo imprevisible— no es un acontecimiento susceptible de previsión

(30) Ambos (2014: pp. 46-47) se preguntan si la obligación de responsabilidad patrimonial de la Administración del artículo 271 TRLCSP derivada de resolución del contrato es contraria a la exigencia de que el concesionario asuma el riesgo operacional y si, conforme al considerando 19, tal responsabilidad sólo procede cuando sea imputable a la Administración o a causas de fuerza mayor, concluyendo en sentido negativo por dos motivos: (i) «Porque el “riesgo operacional” alude al riesgo asumido por el concesionario “en condiciones normales de funcionamiento” (artículo 5.1 de la Directiva), no ante un supuesto de resolución anticipada de la concesión, ni siquiera en aquellos supuestos en los que tal resolución pueda ser imputable al concesionario (...); (ii) «Porque el abono al concesionario de la inversión patrimonial (particularmente los supuestos de concesión de obras, donde previsiblemente la inversión será mayor que en las concesiones de servicios), responde a una exigencia derivada del principio de previsión de enriquecimiento injusto».

en los pliegos [art. 43.1, c) Directiva 2014/23], por lo que los supuestos del artículo 107.1, c) TRLCSP pareciera que debieran ser asumidos también por el concesionario.

En consecuencia, comparto dicha concepción restrictiva del riesgo operacional por considerarlo un concepto *más exigente y gravoso* para el concesionario, y, por tanto, diferente del clásico principio de riesgo y ventura.

Por ello, sería bueno que el legislador omitiera en la futura regulación toda referencia al principio del riesgo y ventura para referirse a las concesiones, sustituyéndolo por el concepto de riesgo operacional y aclarando los supuestos que dan lugar al mantenimiento del equilibrio económico de la concesión, la distribución de los riesgos y el sistema de financiación de las concesiones.

• «puede consistir en un riesgo de demanda o en un riesgo de suministro, o bien en un riesgo de demanda y suministro» (31).

Debe entenderse por riesgo:

— de demanda: el que se debe a la demanda real de las obras o servicios objeto del contrato. Es decir, según el uso que se haga de las infraestructuras o de los servicios.

— de suministro o de oferta: el relativo al suministro de las obras o servicios objeto del contrato, en particular el riesgo de que la prestación de los servicios no se ajuste a la demanda (Cdo. 20).

Como acabo de señalar, ambos riesgos se corresponden, respectivamente, con el riesgo de uso y de disponibilidad (32) de la Propuesta de Directiva. Simplemente ha variado la denominación.

(31) La Propuesta de Directiva relativa a la adjudicación de contratos de concesión [COM [2011] 897 final, 2011/0437 [COD], de 20.12.2011) recogía en el artículo 2.2 in fine dos tipos de riesgos económicos (el actual riesgo operacional): el riesgo «de uso» y el riesgo «de disponibilidad», que se corresponden respectivamente, a mi juicio, con el riesgo *de demanda* y el riesgo *de suministro* o *de oferta* de la Directiva 2014/23. Dicha Propuesta definía el riesgo de uso como el relacionado con la utilización de las obras o la demanda de prestación del servicio y el riesgo de disponibilidad como el riesgo relacionado con la disponibilidad de las infraestructuras proporcionadas por el concesionario o utilizadas para la prestación de servicios a los usuarios.

(32) La Resolución del TARC de la Junta de Andalucía 214/2014, de 10 de noviembre, sobre gestión indirecta mediante concesión del servicio público de la Escuela Infantil Municipal «Garabatos» de Lebrija (Sevilla), FJ 4º, señala: «El riesgo de disponibilidad se aplica a las consecuencias derivadas de la falta de cumplimiento de las prestaciones objeto del servicio por el adjudicatario, bien se trate de la reducción de los pagos o la imposición de sanciones. Pero en todo caso dichas consecuencias deben tener un efecto importante sobre los ingresos del adjudicatario y no ser algo puramente simbólico o cosmético, tal y como se desprende de la Decisión de Eurostat antes citada. En caso contrario, cuando los pagos de la Administración contratante son iguales o con escasas modificaciones cualquiera que fuera el grado de cumplimiento del contrato se podría afirmar que no hay riesgo de disponibilidad. (...) Por otro

La Sentencia del TJUE, de 10 de noviembre de 2011 (asunto C-348/10, Norma A y Dekom), define en qué consisten ambos tipos de riesgo:

«Existe riesgo de explotación de la obra o del servicio (riesgos económicos) cuando los ingresos del socio privado dependen de la demanda de la utilización de la obra o de la demanda del servicio por parte de los usuarios finales (riesgo de demanda) o de que el servicio se ofrezca a los destinatarios finales conforme a los requisitos establecidos en el contrato de concesión (riesgo de disponibilidad), o bien cuando los ingresos dependen tanto del riesgo de demanda como del riesgo de disponibilidad» (ap. 13).

- «debe transferirse la totalidad o una parte significativa del mismo desde el poder o entidad adjudicadora al concesionario, aunque este riesgo sea muy limitado» (art. 5.1); «si bien parte (33) del riesgo siga asumiéndolo el poder o entidad adjudicador» (Cdo. 18).

En ese sentido, la Sentencia del TJUE (34) de 10 de septiembre de 2009 (asunto C-206/08, Eurawasser) señala en su fallo que:

«(...) siempre que la otra parte contratante asuma la totalidad, o, al menos, una parte significativa, del riesgo de explotación que corre la entidad adjudicadora, incluso si dicho riesgo es, desde el inicio, muy limitado debido a la configuración jurídica pública de los servicios».

- Debe ser de «carácter económico» (Cdo. 18), siendo un criterio evaluador el «valor actual neto de todas las inversiones, costes e ingresos del concesionario» (Cdo. 20).

- «debe derivarse de factores que escapan al control de las partes».

Por tanto, los riesgos vinculados a la mala gestión, a incumplimientos contractuales por el concesionario o a causas de fuerza mayor (o caso fortuito), no son determinantes para clasificar como tal una concesión, dado que los mismos son inherentes a cualquier contrato, sea contrato público o concesión (35) (Cdo. 20).

lado, el riesgo de demanda cubre las variaciones que pueden producirse a lo largo de la vida del contrato de la demanda de los servicios, debidos a factores ajenos. En el caso de que la Administración contratante se obligue a pagar con independencia del nivel de demanda real no se produce ninguna transmisión del riesgo (...).

(33) HERNÁNDEZ GONZÁLEZ (2015: p.11) opina que «No puede ser de otra manera, pues como admite el TJ, no sería razonable exigir a la autoridad pública concedente transferir riesgos económicos superiores a las que existe en el sector de acuerdo con la normativa aplicable (sobre los que la entidad adjudicadora carece de margen de decisión)».

(34) Doctrina reiterada posteriormente, entre otras, en Sentencia de 10 de marzo de 2011 (asunto C-274/09, Privater), apartados 29 y 34, y en Sentencia de 10 de noviembre de 2011 (asunto C-348/10, Norma A y Dekom), apartados 44 y 45.

(35) Por el contrario, COYLE CHARLES (2014: pp. 1-2) concibe el riesgo vinculado a la mala gestión como riesgo de disponibilidad y se pregunta «si dentro del concepto de riesgo

Criterio procedente de la Sentencia del TJUE de 10 de marzo de 2011 (asunto C-274/09, *Privater*), indicando que no constituyen riesgos de explotación:

«En cambio, riesgos como los vinculados a una mala gestión o a errores de apreciación del operador económico no son determinantes a efectos de calificar un contrato como contrato público o como concesión de servicios puesto que tales riesgos, en efecto, son inherentes a cualquier contrato, ya se trate de un contrato público de servicios o de una concesión de servicios» (ap. 38).

c) No asunción del riesgo por el concesionario

Se establecen límites que impiden clasificar un contrato como una concesión, si:

- el contrato no conlleva pagos al contratista y éste percibe su retribución según tarifas reglamentadas que cubran la totalidad de los costes e inversiones soportados (Cdo. 17).
- el poder o la entidad adjudicadora establecen una regulación específica que alivie al concesionario de posibles pérdidas que le garanticen unos ingresos mínimos iguales o superiores a las inversiones y costes que aquél deba asumir en relación con la ejecución del contrato (Cdos. 18 y 19).

Ejemplo de esta regulación garantista es, entre otras, la citada Sentencia del TJUE, de 10 de noviembre de 2011 (asunto C-348/10, *Norma A y Dekom*), que califica como contrato de servicios, y no de concesión de servicios, la prestación del servicio de transporte público por autobús en la ciudad letona de Luzda y su comarca. Dicho servicio es retribuido por los usuarios conforme a las tarifas reglamentadas, sin perjuicio del deber de la entidad adjudicadora de compensar al contratista las eventuales pérdidas derivadas de la explotación, además de otras indemnizaciones y beneficios previstos en los PCAP (aps. 51-55). Por ello, el Tribunal entiende que no hay una transferencia significativa del riesgo.

A nivel nacional, cabe citar las siguientes Resoluciones del TACRC:

- Resolución 215/2014, de 14 de marzo, relativa a la gestión del servicio público denominado «Punto de Encuentro Familiar de Ourense». En puridad, se trataba de un contrato de servicios porque el concesionario no asumía el riesgo:

«(...) el candidato que resulte adjudicatario no asumirá ningún riesgo derivado de la explotación del servicio, pues su retribución se abonará por la Administración mensualmente, sin que de ninguna de las estipulaciones de los Pliegos se infiera

de oferta puede o no puede subsumirse el riesgo de disponibilidad», concluyendo que éste está excluido de la Directiva 2014/23.

que el importe dependa del número de visitas o intervenciones que efectivamente se lleven a cabo en el Punto de encuentro familiar; lo único que resulta de aquéllos es que el pago se hará a mensualidades vencidas, previa presentación de la factura, "de acuerdo con el precio que resulte de la adjudicación" que, por lo demás, se fija a tanto alzado. Sólo se prevé que el precio pueda variar en los casos en los que la prestación del servicio no llegue a iniciarse el 1 de enero de 2014, hipótesis en la que se reducirá proporcionalmente al tiempo de ejecución.

Como se apreciará, pues, la retribución del contratista es en realidad la propia de un contrato de servicios, sin que esté vinculada en modo alguno a la demanda que pueda hacerse del servicio, como correspondería si se tratara de una verdadera concesión. En consecuencia, este Tribunal considera que la forma de retribución prevista excluye cualquier asunción del riesgo por parte del contratista, con lo que debe descartarse la existencia de un contrato de gestión de servicios públicos».

— Resolución 341/2014, de 30 de abril, sobre la gestión del servicio público mediante la modalidad de concesión, de recogida y transporte de residuos generados en el término municipal de Artà (Islas Baleares) y de servicios de limpieza viaria. Se calificó como contrato de gestión de servicios públicos pero, realmente, era un contrato de servicios porque la prestación del servicio la pagaba el Ayuntamiento:

«Del examen del PCAP y en concreto de la cláusula 4 relativa a los «Importes del Contrato» se desprenden que la retribución al contratista por parte del Ayuntamiento no deviene de la explotación de un servicio sometido a la incertidumbre de la demanda y de los precios de mercado, sino de la prestación de un servicio público obligatorio a usuarios determinados y sin competencia a cambio de un precio prefijado en la adjudicación por lo que, a juicio de este Tribunal, la figura del contratista lejos de asimilarse al concesionario se asimila a lo que en términos de la Directiva 2007/18 y la propia LCSP denomina prestador de servicios.

Es cierto que la cláusula decimoctava del PCAP prevé, entre las obligaciones del contratista, la de "percibir de los usuarios del servicio las tarifas aprobadas por la Administración concedente por la gestión y explotación del servicio". No obstante, ello no supone, por sí mismo, que nos encontremos en presencia de un contrato de concesión de servicio público ya que, por una lado, existe una retribución fija a favor del contratista que se abona por el Ayuntamiento y, por otro lado, y con carácter fundamental, porque la posibilidad de percibir una tarifa de los usuarios del servicio no altera en modo alguno la apreciación de que, en el contrato que nos ocupa, no se produce, siquiera parcialmente, la traslación al contratista del riesgo derivado de la ejecución del contrato.

A la vista de lo anterior, entiende este Tribunal que en realidad nos encontramos ante un contrato de servicios en el que la retribución del contratista la satisface directamente el Ayuntamiento independientemente del grado de utilización de los servicios por los usuarios sin que el contratista asuma riesgo alguno en la explotación del servicio».

d) Transferencia del riesgo

Especial relevancia adquiere comprobar cuándo se haya transferido la totalidad o una parte significativa del riesgo operacional al concesionario. En función de ello, y *no de la calificación* del contrato que el poder o entidad adjudicadora hagan (36), tipificaremos un contrato como contrato público de obras o servicios o como una concesión.

En la actualidad, el TRLCSP establece diferentes consecuencias según el poder o la entidad adjudicadora califiquen un contrato como de obras o servicios o como una concesión. En el primer caso, aquéllas serán procedimentales (publicidad, adjudicación y recursos) y sustantivas (plazo, modificaciones y equilibrio financiero). En el segundo, puramente procedimentales (37).

Otra consecuencia muy significativa es que en la actual situación de crisis económica y ajuste presupuestario en que están inmersos los Estados miembros, en concreto, su sector público, recurrir a la técnica concesional puede ser muy interesante. ¿Por qué?, sencillamente porque las concesiones, a diferencia de los contratos públicos, no computan déficit según la Decisión 18/2004 de Eurostat. Es decir, al trasladarse el riesgo operacional al concesionario, la obra o servicio objeto de concesión no forman parte del activo de la Administración Pública y, por tanto, no entran en el perímetro de déficit ni endeudamiento del poder o entidad adjudicadora.

(36) Así lo avala el TJUE cuando señala que la calificación jurídica de los contratos es competencia del Derecho de la Unión Europea, no siendo relevante la calificación otorgada por los Estados miembros, ni la que le asignen las partes. Por todas, STJUE de 18 de enero de 2007 (asunto C-220/05, Jean Auroux y otros), apartado 40. En similares términos se pronuncia el TACRC en la Resolución núm. 421/2014, de 30 de mayo, sobre «gestión del servicio de recogida de basuras y otros para el Ayuntamiento de Mérida», FJ 3º: «En esta tesitura, es fácil concluir con que, pese al “nomen iuris” dado por los Pliegos, lo cierto es que estamos en presencia de un contrato de servicios y no de una concesión de servicios públicos. Por lo expuesto, y en consideración a la consolidada doctrina jurisprudencial que sostiene que los contratos son los que son según su naturaleza con independencia de la denominación dada por las partes (SSTS, Sala I, de 16 de mayo de 2000 —Roj STS 3952/2000— y 3 de noviembre de 2010 —Roj STS 6115/2010—, STS, Sala III, de 10 de julio de 2008 —Roj STS 5266/2008—)».

(37) RAZQUIN LIZARRAGA (2014: pp. 71-72) afirma lo siguiente: «Por un lado, si se considera contrato de servicios la regulación comunitaria afecta a importantes aspectos procedimentales (publicidad, adjudicación y recursos) como también de fondo (plazo, modificaciones y equilibrio financiero). Por otro, si se cobijan bajo la fórmula de concesión de servicios (y siempre que superen el umbral comunitario), la Propuesta de nueva Directiva sobre contratos de concesión se refiere a aspectos puramente procedimentales (publicidad, adjudicación y recursos), pero no incide de forma relevante sobre aspectos materiales del régimen del servicio público, que queda, a mi juicio, plenamente salvaguardado a pesar del concepto de riesgo operacional que introduce».

Retomando el artículo 5 de la Directiva 2014/23 y sus considerandos, sí se producirá una transferencia del riesgo operacional y la consiguiente exposición real a las incertidumbres del mercado, si:

a) el concesionario percibe su retribución exclusivamente del órgano de contratación siempre y cuando la recuperación de las inversiones y costes soportados por el concesionario dependa de la demanda o del suministro efectivo de los bienes o servicios (38) (Cdo. 18).

b) el riesgo está limitado desde el inicio; se limita en sectores con tarifas reglamentadas, o cuando se estipulen compensaciones parciales en caso de rescate del servicio o fuerza mayor (Cdo. 19).

e) Distribución de riesgos

Considerando que la distribución de riesgos depende de las características de cada concesión y que *no siempre* va a ser necesario que se transfieran al concesionario todos ellos, se plantea la cuestión de en qué medida y con qué límites se produzca dicho reparto.

Desde la perspectiva de las concesiones de obra pública BERNAL BLAY (2010: pp. 258-265) considera que no cabe una aplicación «pura» del clásico principio de riesgo y ventura del contratista porque ello genera desconfianza y recelo entre los operadores económicos, conscientes de las altas probabilidades de no amortizar inversiones y cubrir costes (39).

Según dicho autor, un criterio particional útil es que el «el reparto de los riesgos entre concedente y concesionario debe efectuarse, en cada caso, en función de las respectivas aptitudes para gestionar de la manera más eficaz los riesgos en cuestión» (40).

(38) El hecho de que se prevea expresamente que la remuneración proceda exclusivamente del poder o entidad adjudicadora, abre diferentes vías de remuneración al concesionario. Así, éste puede percibir su contraprestación exclusivamente de los usuarios o de los poderes o entidades adjudicadoras, o bien de ambos conjuntamente según el sistema de tarifas y aportaciones y pagos previstos en los pliegos de cláusulas económicas. En este sentido, *vid.* Informe 2/2014 de la JCAA, de 22 de enero, FJ 3º: «Es indiferente que la retribución la obtenga el concesionario directamente de los usuarios o de la Administración».

(39) GIMENO FELIÚ (2014: pp. 77) opina que «De ahí la oposición o, cuando menos, fuertes recelos que la Directiva concesiones ha despertado en las empresas concesionarias españolas. Es imprescindible, como señala un reciente informe de la CEOE, que los riesgos que se transfieran al operador privado en virtud del contrato “no excedan de los que una diligente gestión empresarial pueda prever y asumir, es decir, aquellos que pueda gestionar”».

(40) Principio de aptitud previsto en la Comunicación interpretativa de la Comisión Europea sobre las concesiones en el derecho comunitario del año 2000, de 12 abril, p. 8. En este sentido, HERNÁNDEZ GONZÁLEZ (2015: p. 9) afirma como la doctrina económica sigue este principio: «De acuerdo con esta premisa, se acepta que la mayor parte de los riesgos

Respecto a límites indicativos de no asunción del riesgo por el concesionario, reconoce la dificultad de adoptar criterios uniformes por la singularidad de cada concesión. Como ejemplo válido de asunción del riesgo refiere el artículo 140.1 LFCP que señala que la construcción y explotación de la concesión de obra pública es a riesgo y ventura del concesionario, si bien es compatible con diferentes sistemas de financiación y aportaciones de la Administración con el límite del 50 por ciento del valor estimado del contrato.

La CEOE (2013: pp. 26-31 y 77) distingue tres tipos de riesgos: (i) los imputables a la Administración o a los Poderes públicos (*ius variandi*); (ii) los inherentes a la prestación del contrato (riesgo y ventura u operacional) y (iii) los ajenos al control de la partes (fuerza mayor y riesgo imprevisible).

Esta Confederación, en consonancia con el principio de aptitud, considera necesario establecer un régimen de reparto eficiente y equitativo, tomando como criterio de distribución de riesgos el de que «cada parte asuma los propios que se deriven de su gestión».

VILLAR EZCURRA (2002: p. 75) en sus comentarios al Anteproyecto de la Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del contrato de concesión de obras públicas, apostó por «instrumentar un sistema de “gestión interesada” en el cual ambas partes compartieran los beneficios y los riesgos extraordinarios».

La relevancia que adquiere el principio de riesgo y ventura con la Directiva 2014/23 es criticada por VÁZQUEZ DEL REY VILLANUEVA (2012: pp. 58-61) (41) porque es en detrimento del principio general de *aptitud* en el reparto de los riesgos, y de los principios-derechos del concesionario de *remuneración suficiente* y de *mantenimiento del equilibrio económico* de la concesión. Sobre estos últimos reprocha la falta de un reconocimiento expreso en la Propuesta de

técnicos y económicos, así como los riesgos de financiación sean asumidos por el concesionario, mientras que los riesgos políticos (como es el riesgo regulatorio) y los derivados de fuerza mayor, correspondan a la entidad contratante. Más problemático resulta el denominado riesgo de demanda (fruto de la diferencia entre la demanda prevista y la demanda real), que suele repartirse entre las partes contratantes, con el fin de incentivar la iniciativa privada en grandes inversiones que exigen el esfuerzo compartido de los sectores público y privado».

(41) Dicho autor (2012: p. 58) en relación a los riesgos necesarios para considerar un contrato como una concesión —riesgo de demanda y de disponibilidad— señala que: «No se incluye expresamente el riesgo de construcción (retrasos en la construcción, sobrecostos, incumplimiento de estándares de calidad, deficiencias técnicas y externalidades negativas), que ha de asumirse también mayoritariamente por el concesionario si se pretende que la infraestructura no consolide en las cuentas públicas». Además (pp. 59-60) no se opone a la asignación del riesgo de construcción y de disponibilidad al concesionario, ya que puede controlarlos mejor. Por el contrario, respecto al riesgo de demanda, dice que es difícil su control y gestión por el concesionario, como sucede con las autopistas de peaje, donde dicho riesgo depende del crecimiento económico, del urbanismo, o de la existencia de otras infraestructuras o modos de transporte o del fracaso de otras infraestructuras complementarias. Por ello, propone la eliminación o mitigación del riesgo de demanda del concesionario.

Directiva, ya que simplemente se infiere el derecho de remuneración suficiente en el artículo 16 del Proyecto de Directiva (art. 18.2 de la Directiva 2014/23).

La misma posición crítica mantiene LAZO VITORIA (2013: p. 156) cuando afirma que «mientras el legislador comunitario incluye en el «riesgo operacional sustancial» a los de uso y de disponibilidad, el mercado concesional (por lo menos en lo que respecta a las grandes infraestructuras de transporte) muestra una clara preferencia por retribuir al concesionario con base en estándares de disponibilidad».

Pese a tales críticas, la Directiva 2014/23 ha optado también por incluir el riesgo de demanda, lo que incrementa la variable riesgo según GIMENO FELLIÚ (2014: pp. 81-82) y «puede suponer no sólo una quiebra de los principios tradicionales, sino, principalmente, una limitación no querida por el propio texto ya que las instituciones comunitarias consideran estratégica esta nueva regulación de concesiones».

Dicho autor considera «inherente al concepto de riesgo operacional la idea de equilibrio económico del contrato y su aplicación dinámica» y, por ello, recomienda al legislador que regule adecuadamente el régimen de los riesgos concretando los casos de *factum principis*, la cláusula de progreso y los efectos del riesgo imprevisible, pese a considerarlo excluido de la Directiva 2014/23. De lo contrario, advierte que el capital privado será reacio a invertir su dinero en este tipo de contratos como consecuencia de la inseguridad jurídica que genera una deficiente regulación de los riesgos.

Además, recuerda que no debe acudir a la técnica del equilibrio del contrato cuando el concesionario no ha presentado el estudio económico de viabilidad, ya que «la administración desconoce los costes de explotación, las inversiones que debe realizar el contratista, y otros factores necesarios para determinar, en su momento, si la explotación del servicio es rentable o deficiente pese a los esfuerzos del contratista» (42).

En virtud de todo lo señalado, considero que el legislador habrá de ser sutil a la hora de implementar el concepto de riesgo operacional, de tal forma que el derecho al restablecimiento del equilibrio financiero del concesionario continúe siendo el contrapunto del tradicional principio de riesgo y ventura de los contratos (43).

(42) GIMENO FELLIÚ (2013: pp. 97-100).

(43) De este modo, ya señaló el TS en su Sentencia de 13 de noviembre de 1986, que «ha de ser compartida por la Administración contratante, asumiendo, parcialmente, con el concesionario, el riesgo y la ventura de la explotación (es decir, las consecuencias, que puedan derivar de los eventos, inicialmente excluidos de la concesión en cuanto ajenos a la construcción de la ecuación inherente a la misma), mediante un reparto equitativo de los perjuicios o una indemnización total o parcial de los detrimentos, con el fin de, siguiendo el principio de “rigidez del servicio público y flexibilidad del contrato”, mantener el equilibrio

Es decir, todas las excepciones (44) a ese principio clásico deberían seguir siendo respetadas tras el acomodo del nuevo concepto de riesgo operacional en nuestra legislación de concesiones.

6. Ámbito de aplicación

A) Umbral económico

La Directiva 2014/23 sólo se aplica a las concesiones *cuyo valor sea igual o superior a 5.186.000 euros* (art. 8), sin perjuicio de su revisión, conforme al procedimiento previsto en su artículo 9, que toma como umbral de referencia el fijado en el Acuerdo de la Organización Mundial del Comercio sobre Contratación Pública («ACP»).

El valor estimado de la concesión (en adelante, VEC) es el volumen de negocios total del concesionario generados durante la duración del contrato, IVA excluido, estimado por el órgano de contratación, en contrapartida de las obras o servicios objeto de la concesión, así como los suministros relacionados con las obras y servicios.

Si el valor de la concesión en el momento de la adjudicación supera más de un 20% su VEC, la estimación válida será el valor de la concesión en el momento de la adjudicación.

Para calcular el VEC, el artículo 8.3 establece una serie de criterios (valor de cualquier opción y prórrogas, pago de tasas y multas, pagos y ventajas financieras por el poder o entidad adjudicadora o terceros, venta de activos,...).

El artículo 8.4 señala que la elección del método de cálculo del VEC no puede hacerse con la intención de excluir la concesión del ámbito de aplicación

financiero de este último y evitar el colapso total que, por impotencia económica progresiva del contratista, sufriría el servicio concedido y el interés público a él anejo (...)» (la cursiva no es original).

(44) Son excepciones al principio de riesgo y ventura: (1) los casos de fuerza mayor [art. 231 TRLCSP y art. 153, f) LFCP] y (2) todas las técnicas comprendidas en el equilibrio financiero del contrato, cuales son:

a) modificación directa del contrato por el órgano de contratación: i) *ius variandi* [arts. 210 TRLCSP y 105, 157.2, a) y b) LFCP]; ii) suspensión de la ejecución del contrato;

b) revisión de precios: derecho *ex lege* para el contratista (arts. 89.1 TRLCSP y 116 LFCP); c) doctrina del riesgo imprevisible: i) *factum principis* [p.ej., arts. 286, d) TRLCSP y 165.1, f) LFCP] o alteración de la economía del contrato de forma indirecta por el órgano de contratación; ii) riesgo imprevisible [arts. 126.2, b), 127.2, b), 128.3.2 y 152.3 RSCL], unido a la cláusula *rebus sic stantibus*, exige que la aparición de un riesgo no previsto en el contrato altere sustancialmente las condiciones de ejecución del mismo, haciéndolo más oneroso para el contratista.

de la Directiva 2014/23, como tampoco fraccionarse su objeto con el mismo fin, salvo que concurran razones objetivas.

Si bien la Directiva 2014/23 no obliga a adjudicar por lotes separados («podrán» señala su art. 20.3), si se opta por hacerlo, deberá tenerse en cuenta el VEC total de todos los lotes. Si este valor acumulado iguala o supera los 5.186.000 euros, la Directiva 2014/23 se aplicará a la adjudicación de cada lote (art. 8.5 y 6).

B) **Ámbito objetivo**

La Directiva 2014/23 se refiere a las *concesiones de obras o servicios* que superen el umbral económico ya señalado (art. 1).

El artículo 5.1 de la Directiva 2014/23 define las concesiones de obras o servicios:

— «concesión de obras»: un contrato a título oneroso celebrado por escrito, en virtud del cual uno o más poderes o entidades adjudicadores confían la ejecución de obras a uno o más operadores económicos, cuya contrapartida es bien el derecho a explotar las obras objeto del contrato únicamente, o este mismo derecho en conjunción con un pago;

— «concesión de servicios»: un contrato a título oneroso celebrado por escrito, en virtud del cual uno o más poderes o entidades adjudicadores confían la prestación y la gestión de servicios distintos de la ejecución de las obras contempladas en la letra a) a uno o más operadores económicos, cuya contrapartida es bien el derecho a explotar los servicios objeto del contrato únicamente, o este mismo derecho en conjunción con un pago.

Respecto a los servicios, el artículo 4.1 de la Directiva 2014/23 la limita a los *servicios de interés económico general*, incluidos los sociales, sanitarios y educativos aunque con una regulación mínima, que impliquen obligaciones específicas de *servicio público*.

Así, y, sin perjuicio de la libertad de los Estados miembros para definir, organizar y financiar los servicios de interés económico general, la Comunicación de la Comisión de 20.11.2007 COM(2007) 725 final, enuncia, respecto de éstos, en su punto 2.1 que:

«(...) la prestación y organización de estos servicios se someten a las normas del Tratado CE sobre mercado interior y competencia, puesto que sus actividades son de carácter económico.

(...) Para que un servicio determinado sea considerado *actividad económica* en virtud de las normas de mercado interior (libre circulación de servicios y libertad de establecimiento), la característica esencial de un servicio es que tiene que prestarse a cambio de *remuneración*, pero no necesariamente tienen que pagar el servicio las personas que lo utilizan. La naturaleza económica de un servicio

no depende de la personalidad jurídica del que lo presta (como, por ejemplo, un organismo sin ánimo de lucro) o de la naturaleza del servicio, sino más bien de la forma en que se presta, organiza y financia una determinada actividad. En la práctica, aparte de las actividades relacionadas con el ejercicio del poder público, a las que no se aplican las normas del mercado interior con arreglo al artículo 45 del Tratado CE, se deduce que la gran mayoría de servicios puede considerarse «actividades económicas» conforme a las normas del Tratado CE en materia de mercado interior (artículos 43 y 49).

Además, pese a que las concesiones ya no se definen por referencia al objeto de los contratos de obras o servicios, conviene señalar en relación a éstos últimos que la Directiva 2014/24 (45) ha suprimido la distinción entre servicios prioritarios (Anexo II A) y no prioritarios (Anexo II B) de la Directiva 2004/18.

Por ello, la Directiva 2014/24 somete los servicios sociales y otros servicios específicos que igualen o superen los 750.000 euros (art. 74) a una regulación *mínima* en atención a su menor dimensión transfronteriza, ya que cada Estado miembro los presta en un contexto particular que varía mucho de uno a otro en atención a criterios culturales (Cdo. 114).

Siguiendo esta línea, la Directiva 2014/23 equipara todos los servicios y somete, asimismo, a una regulación mínima (46) las concesiones de servicios sociales y otros servicios específicos (sanitarios, educativos, culturales,... art. 19) del anexo IV, limitada a la publicación en el DOUE de un anuncio de licitación y otro de adjudicación de las concesiones que igualen o superen el umbral comunitario del artículo 8 de la Directiva 2014/23. Además, obliga a los Estados miembros a que garanticen la transparencia e igualdad de trato de todos los operadores económicos y la innovación (Cdo. 53).

(45) El considerando 113 de la Directiva 2014/24 establece el motivo de la supresión de esa tradicional distinción: «Los resultados del documento de trabajo de los servicios de la Comisión de 27 de junio de 2011 titulado «Informe de evaluación: Impacto y eficacia de la legislación de la UE sobre contratación pública» sugirieron la necesidad de revisar la exclusión de determinados servicios de la aplicación plena de la Directiva 2004/18/CE. En consecuencia, la aplicación plena de la presente Directiva debe ampliarse a una serie de servicios».

(46) Así lo prevé el artículo 19 de la Directiva 2014/23: «Las concesiones relativas a servicios sociales u otros servicios específicos recogidos en el anexo IV y que entran en el ámbito de aplicación de la presente Directiva se someterán únicamente a las obligaciones contempladas en el artículo 31, apartado 3, y en los artículos 32, 46 y 47». La razón de esta regulación específica puede verse en sus considerandos 53 y 54, que reiteran lo ya señalado para la Directiva general: «Estos servicios se prestan en el marco de un contexto particular que varía mucho según el Estado miembro de que se trate debido a la existencia de diferentes tradiciones culturales».

C) **Ámbito subjetivo**

Según el artículo 1.2 de la Directiva 2014/23, la misma se aplicará a la adjudicación de concesiones de obras o servicios a los operadores económicos (47) por:

- a) los poderes adjudicadores, o
- b) las entidades adjudicadoras, siempre que las obras o servicios estén destinados a la realización de alguna de las actividades recogidas en el anexo II.

La Directiva 2014/23 *amplía* el ámbito de aplicación subjetivo —a diferencia de la Directiva 2004/18, circunscrita a los poderes adjudicadores— puesto que, junto a éstos, vincula también a las entidades adjudicadoras.

A efectos de la Directiva 2014/23, serán:

— Poderes adjudicadores:

«(...) el Estado, las autoridades regionales o locales, los organismos de Derecho público y las asociaciones formadas por uno o varios de tales autoridades u organismos de Derecho público distintos de aquellos que desarrollen alguna de las actividades recogidas en el anexo II y adjudiquen una concesión para la realización de una de esas actividades» (art. 6.1).

— Entidades adjudicadoras:

«(...) las entidades que desarrollan una actividad recogida en el anexo II y adjudican una concesión para la realización de una de esas actividades, a saber:

- a) las autoridades estatales, regionales y locales, los organismos de Derecho público y las asociaciones constituidas por una o varios de tales autoridades u organismos de Derecho público;
- b) las empresas públicas (48) definidas en el apartado 4 del presente artículo;
- c) las entidades distintas de las mencionadas en las letras a) y b) del presente apartado, pero que funcionan sobre la base de derechos especiales o exclusivos (49), concedidas por las autoridades competentes de un Estado miembro.

(47) El considerando 49 establece un concepto *amplio* de «operador económico»: «Por consiguiente, las empresas, sucursales, filiales, asociaciones, sociedades cooperativas, sociedades anónimas, universidades públicas o privadas, y otros tipos de entidad deben quedar todas ellas incluidas en la noción de operador económico, sean o no personas jurídicas en todas las circunstancias».

(48) Sólo tienen tal carácter las de los poderes adjudicadores, siempre que éstos ejerzan, directa o indirectamente, una *influencia dominante* sobre tales empresas, expresada en la concurrencia de alguno de los siguientes supuestos: mayoría del capital, mayoría de votos o designación de más de la mitad de los miembros de los órganos que las integran.

(49) Son derechos concedidos por las autoridades de los Estados miembros en virtud de norma legislativa, reglamentaria o administrativa publicada y compatible con los Tratados. Los derechos *especiales* limitan el ejercicio de una actividad a determinados operadores

bro para el ejercicio de una de las actividades contempladas en el anexo II» (art. 7.1).

Por tanto, el concepto de poder adjudicador se residencia en el Derecho UE, y engloba no sólo a las Administraciones públicas *stricto sensu* (50), sino también al resto de organismos y entes públicos derivados de aquéllas.

Otro tanto puede decirse de las entidades adjudicadoras. Se refieren tanto a los poderes adjudicadores del artículo 6.1 de la Directiva 2014/23 como a sus empresas públicas, quedando cubierto todo el sector público (art. 3 TRLCSP). Respecto a las entidades que cuenten con derechos exclusivos o especiales, se sigue el modelo del artículo 2, b) de la Directiva 2004/17 (51).

D) Exclusiones

Los artículos 10 a 17 de la Directiva 2014/23 enumeran una serie de concesiones, iguales o superiores al umbral de 5.186.000 €, excluidas de aquélla.

Entre otras, lo están las adjudicadas sobre la base de derechos exclusivos o en el marco de un acuerdo internacional; los servicios de transporte aéreo y de viajeros (52); parcialmente, las de defensa y seguridad; las demaniales,

económicos y los *exclusivos* a un único operador, afectándose en ambos casos, de forma significativa, la capacidad del resto de operadores de ejercer una actividad.

(50) Como apunta GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO (2011: p. 270) «El concepto de poder adjudicador es un concepto de Derecho comunitario, elaborado para dar respuesta al ámbito subjetivo de aplicación de las Directivas comunitarias, ante la necesidad de aplicar a las entidades que han emanado de la Administración y que están controladas por ella las normas de contratación pública, con el objeto de evitar que, en otro caso, la huida del Derecho administrativo haga ineficaz la aplicación de los principios previstos en las propias Directivas comunitarias».

(51) Según LAZO VITORIA (2013: p. 157) «Esta delimitación de los sujetos es plenamente coherente con los sectores regulados por la propuesta de directiva: así la referencia a los poderes adjudicadores remite a las normas de la Directiva 2004/18 y, por su parte, las entidades adjudicadoras son los sujetos tradicionalmente sometidos a las normas de la Directiva 2004/17. En el bien entendido que se trata de una explicación simplificada ya que como se recordará, existen entidades adjudicadoras del "sector público" y del "sector privado" y que las primeras se identifican, en líneas generales, precisamente con la categoría de poder adjudicador».

(52) GONZÁLEZ DE OLANO y NAVARRO MANICH (2014: p. 50) se extrañan de la exclusión del Reglamento (CE) 1370/2007, ya que en España estos contratos se califican de concesiones para la gestión de los servicios públicos, si bien consideran que «(...) el hecho de que la Directiva de Concesiones excluya los servicios públicos de transporte de viajeros de su ámbito de aplicación no impide que el legislador español continúe considerándolas sujetas a la normativa de contratación propia de los servicios públicos y, en consecuencia, les aplique el régimen propio de las concesiones para la gestión de servicios públicos».

portuarias y aeroportuarias, etc. (art. 10); las comunicaciones electrónicas (art. 11); el sector del agua (53) (Cdo. 40 y art. 12); las adjudicadas a una empresa asociada (art. 13) o conjunta o a una entidad adjudicadora que forme parte de una empresa conjunta (art. 14) y las actividades sometidas directamente a la competencia (art. 16).

Quedan al margen también las concesiones entre entidades del sector público (art. 17), pues si bien «El mero hecho de que las dos partes en un acuerdo sean poderes públicos no excluye por sí mismo la aplicación de las normas establecidas en la presente Directiva» (Cdo. 45), ello no debe limitar la libertad de la Administración para gestionar las funciones de interés público con sus propios medios (encargos *in house providing*) o en colaboración con otras autoridades (art. 2.1).

7. Otras cuestiones

A) Duración de la concesión

La regla general es que las concesiones sean limitadas (54), de tal forma que las que tengan una duración superior a cinco años no pueden exceder del tiempo necesario para recuperar las inversiones y el capital invertido en condiciones normales de funcionamiento (art. 18), si bien nada obsta a que se fije una duración inferior a dicha recuperación siempre y cuando la compensación correspondiente no elimine el riesgo operacional (Cdo. 52).

B) Contratos mixtos

La clave es distinguir si su objeto, las distintas partes que lo integran, es separable o no. Si no lo son, se aplicarán las normas del objeto principal, adjudicándose a través de un único contrato. Por el contrario, si son divisibles podrán adjudicarse bien contratos independientes para las partes separadas teniendo en cuenta las características de cada contrato específico o bien un contrato único (Cdos. 29-30 y arts. 20-23).

(53) BOUSO DARRIBA y LOMAS MENESES (2014: p. 8) consideran que tal exclusión «no puede interpretarse como un impedimento para que los poderes adjudicadores puedan licitar concesiones en relación con este tipo de actividades vinculadas con el sector del agua, pues de ningún precepto de la Directiva 2014/23/UE se desprende tal prohibición. Lo contrario, además, iría contra la libertad de organización interna de los Estado miembros (...)».

(54) El considerando 52 explica el motivo: «La duración de una concesión debe limitarse para evitar el cierre del mercado y la restricción de la competencia. Además, las concesiones de muy larga duración pueden dar lugar al cierre del mercado, obstaculizando así la libre circulación de servicios y la libertad de establecimiento».

Por otro lado, si el contrato incluye aspectos concesionales de la Directiva 2014/23 y otros de las Directivas 24 o 25 de 2014, aquél se adjudicará conforme a estas dos últimas, según corresponda. Además, se establecen disposiciones específicas en materias relativas a la defensa y seguridad, así como para aquellas otras excluidas del TFUE.

C) Situaciones específicas

Se permite reservar concesiones (art. 24) para potenciar la integración social y profesional de personas discapacitadas o desfavorecidas. Además, se limitan los supuestos de concesiones relativas a servicios de investigación y desarrollo (art. 25).

D) Normas en materia de adjudicación de concesiones

La Directiva 2014/23 establece una *regulación mínima* del procedimiento de adjudicación de concesiones (Título II, arts. 30-41) sustentada en la libertad de los Estados miembros para organizarlo (art. 30.1), siempre que se respeten los principios del TFUE de igualdad de trato, no discriminación y transparencia (Cdo. 61 y art. 31.2).

Entre otras obligaciones, los Estados miembros deben garantizar que en la ejecución de las concesiones SARA se cumpla con la legislación UE en materia medioambiental, laboral y social (art. 30.3); la publicación de un anuncio de licitación del artículo 31 (ap.1) o de información previa si se trata de servicios sociales u otros específicos (ap.3), salvadas las excepciones (ap.4), así como la obligación de anunciar la adjudicación (art. 32); las normas relativas a la redacción y publicación de los anuncios (art. 33) y el derecho de acceso electrónico directo, completo y gratuito a los pliegos (art. 34).

Como garantías se establecen requisitos técnicos y funcionales (art. 36); la adjudicación de concesiones conforme a los criterios de adjudicación (art. 37) fijados en los pliegos a favor de la «ventaja económica global»; criterios de selección y evaluación de candidatos con base en su solvencia, y plazos de recepción de solicitudes de participación y ofertas conforme a los factores complejidad y tiempo (art. 39).

E) Normas relativas a la ejecución de las concesiones

Es preciso recordar la novedad de esta materia, al ser la primera vez que las Directivas regulan aspectos relativos a la misma.

Así, se permite subcontratar siempre que se garantice el cumplimiento de la normativa UE en materia medioambiental, social y laboral. No es obligatorio

mencionar en la oferta que se va a subcontratar ni quién vaya a ser el contratista. Al amparo del principio de transparencia en la cadena de subcontratación —que los Estados miembros y los órganos de contratación sepan quién está ejecutando la concesión— se aclara que el responsable principal de dar la información necesaria es el concesionario (Cdo. 72 y art. 42).

Respecto a la posibilidad de modificar las concesiones se sigue el esquema de la Directiva general, construida, a su vez, conforme a la jurisprudencia del TJCE, por todas, Sentencia del TJCE de 29 de abril de 2004 (asunto C 496/99P, Cas Suchi di Frutta Spa) (55).

El objetivo de la Directiva 2014/23 es aclarar cuándo la modificación de una concesión da lugar a un nuevo procedimiento concesional (Cdo. 75). Así, el artículo 43 distingue dos supuestos: (i) innecesariedad de iniciar un nuevo procedimiento según esté o no previsto en los pliegos, se derive de circunstancias imprevisibles, se sustituya al concesionario inicial o, en fin, cuando no se trate de modificaciones sustanciales (ap.1) o cuando no se supere el umbral concesional UE ni el 10% del valor inicial de la concesión (ap.2) y (ii) obligación de acudir a un nuevo procedimiento para casos diferentes a los apartados 1 y 2; es decir, cuando se introducen cambios fundamentales —modificación sustancial— (aps.4 y 5) en la concesión, concretamente referidos al ámbito de aplicación y al contenido de los derechos y obligaciones mutuos de las partes, incluida la distribución de los derechos de propiedad intelectual e industrial.

F) Resolución de las concesiones

Se pueden rescindir si concurre alguna de las siguientes causas: la modificación concesional conlleva un nuevo procedimiento; el contratante (errata, debe entenderse el contratista) debe ser excluido por haber sido condenado en sentencia firme o cuando así lo dicte el TJUE por haberse adjudicado la concesión incumpliendo los Tratados o la Directiva concesional (art. 44).

(55) VÁZQUEZ MATILLA (2010: p. 321) analizó esta Sentencia destacando que para que pueda modificarse un contrato debe estar expresamente previsto en el anuncio de licitación o en el pliego de forma clara, precisa e inequívoca en garantía de los principios de la contratación pública, en especial el de igualdad de trato de todos los licitadores. En ese sentido, prosigue el autor, «es fundamental, tener presente que el TJCE proscribió todas las modificaciones de un contrato efectuadas tras la celebración del contrato, salvo que se cumpla alguna de las dos condiciones siguientes que abordaremos en este trabajo: 1) que la modificación no afecte a ninguna condición esencial/importante de la licitación. 2) que la posibilidad de aportar una modificación, así como sus modalidades, estén previstas de forma clara, precisa, e inequívoca en la documentación de la licitación».

G) Régimen de recursos

El Título IV de la Directiva 2014/23 se divide en dos artículos para modificar las Directivas de *recursos* de «tercera generación»: el artículo 46 modifica la Directiva 89/665/CEE del Consejo para recurrir la adjudicación de contratos públicos y el artículo 47 modifica la Directiva 92/13/CEE, recursos en los sectores especiales agua, energía, transportes y telecomunicaciones.

El objetivo es garantizar una protección judicial adecuada de los candidatos y licitadores en los procedimientos de adjudicación concesional, siendo precisa tal modificación para incluir en ambas Normas tanto las concesiones de obras como de servicios.

Como ya señaló RAZQUIN LIZARRAGA (2014: p. 68) «las concesiones estarán sometidas a las vías especiales de recurso precontractual y contractual establecidas en ambas vías de recurso».

IV. VISIÓN CRÍTICA DE LA REGULACIÓN EN NAVARRA

1. Competencia exclusiva

Navarra, en virtud de su régimen foral, goza de un régimen *especial* en materia de contratación pública que le aparta del régimen común estatal en la medida que el artículo 49.1, d) LORAFNA le reconoce competencia exclusiva sobre contratos y concesiones, con el único límite del respeto a los principios esenciales de la legislación básica del Estado en la materia, derivados, a su vez, de los Tratados de la UE y de las Directivas sobre contratación pública.

Lo anterior significa que la vigente LFCP «por primera vez, se ha elaborado sin la referencia de una ley básica estatal» (56) —TRLCAP—, lo que no impide a la Comunidad Foral de Navarra ejecutar las Directivas contractuales por tener materialmente atribuida la competencia (STC 141/1993, de 22 de abril).

Dentro de este régimen singular de Navarra, la LORAFNA prevé un *desdoblamiento* competencial legislativo: por un lado, en materia contractual (art. 49.1, d) de la que nace la vigente LFCP y, de otro, en materia de administración local (art. 46), fruto de la cual surge la actual LFAL, en cuyo Título VI se regula el régimen de la contratación local.

En este contexto, procede traer a colación como las normas de la contratación local de Navarra tienen una doble regulación (57): *general*, en la LFCP

(56) ALLI ARANGUREN (2006: p. 44).

(57) IRIARTE ARISTU (2006: p. 802) recuerda que el legislador foral «puede regular el régimen de la contratación local a través de la legislación propia del régimen local o bien decidir la aplicación a las Administraciones Locales de su territorio de la normativa sobre contratación que dicte la Comunidad para sí misma o bien, como ha ocurrido, hacer ambas cosas (...)».

(art. 2.1, c) por remisión de la LFAL (art. 224) y *especial*, en la LFAL para las singularidades propias de la contratación local (art. 224).

2. Denominaciones y conceptos obsoletos

La LFCP, y la LFAL, mantienen denominaciones y conceptos que quedan obsoletos con la obligada transposición de las Directivas sobre contratación pública.

1º.— Por un lado, tipifica como «contrato de asistencia» lo que el legislador estatal y europeo denominan contrato de servicios. El objeto es el mismo (por referencia a las actividades de sus Anexos II) pero varía su denominación.

La Exposición de Motivos de la LFCP justifica el mantenimiento del contrato de asistencia con dos argumentos: (i) resaltar que las entidades sometidas a la misma no desarrollan la actividad con sus propios medios sino que acuden al mercado para completarlos, y (ii) evitar la confusión con los supuestos de prestación de un servicio por medio de un contratista interpuesto (p.ej., mediante la ejecución directa de una obra por la Administración instando la colaboración de empresas privadas).

Es decir, el contrato de asistencia agrupa en un único tipo contractual tanto los contratos de consultoría y asistencia y de servicios de la anterior legislación estatal como toda prestación de servicios del Anexo II LFCP cuyo destinatario sea un tercero o el público en general.

Por tanto, considero que con la transposición de las nuevas Directivas contractuales el legislador foral debería sustituir el contrato de asistencia por la denominación estandarizada de contrato de servicios y ahondar, más si cabe, en los criterios que delimitan su objeto, contribuyendo así al establecimiento de una línea divisoria entre aquél y la concesión de servicios (art. 176.1 LFCP).

2º.— De otro, respecto a la denominación del «contrato de concesión de obras públicas» (art. 4.4 LFCP) y con base en lo ya dicho anteriormente de que el artículo 5.1, a) de la Directiva 2014/23 omite el calificativo de públicas en las «concesiones de obras» —abarcando así tanto las obras públicas como las privadas, con la consiguiente extensión de su ámbito subjetivo a todo el sector público (arts. 6 y 7)—, carece de sentido que el legislador foral mantenga aquella denominación.

3º.— Finalmente, respecto a la definición de «concesión de servicios», conviene recordar como en la transposición de las Directivas de «tercera generación», la LFCP sustituyó el contrato de gestión de servicios públicos por el contrato comunitario de concesión de servicios, mientras que la LFAL lo mantuvo.

La razón de tal sustitución radica, según la Exposición de Motivos de la LFCP, en que «la incorporación de la figura de la concesión de servicios conlleva

la desaparición del denominado contrato de gestión de servicios públicos al repartirse su objeto entre el contrato de asistencia y la concesión de servicios».

Además, en desarrollo de las anteriores Directivas, se erigió la forma de retribución del contratista en criterio diferencial (58) entre contrato de asistencia y concesión de servicios, según aquél percibiera su contraprestación exclusivamente de la Administración (contrato de asistencia) o de los usuarios del servicio (concesión de servicios), al menos parcialmente, ya que se permitía su coexistencia con formas de retribución similares al «peaje en la sombra».

En ese sentido, la aprobación de la LFCP por el legislador foral de contratos y su adaptación por el legislador foral de régimen local (59), complicaron sobremanera el régimen jurídico concesional en nuestro territorio; en particular el de los contratos de gestión de servicios públicos en el ámbito local. Ello porque mediante un ejercicio interpretativo hiperforzado y *contra natura* del instituto concesional, el artículo 224.3 LFAL permite acudir a la concesión de servicios del artículo 167 LFCP, aun sin mediar explotación.

Es decir, lo que en puridad debiera, y debe, ser calificado como contrato de asistencia (ex art. 224.3 LFAL, *a contrario sensu*, se infiere que no existe explotación ni, por ende, traslado del riesgo operacional al contratista; tan sólo el abono de un precio a tanto alzado como contraprestación) queda erróneamente encubierto bajo el velo del contrato de gestión de servicios públicos.

Avala esa incorrecta y farragosa redacción del artículo 224.3 LFAL el Informe 4/2006, de 18 de septiembre, de la JCCA de Navarra sobre el Anteproyecto de modificación de la LFAL para su adaptación a la LFCP, FJ 2º:

«1) Nueva redacción del art. 224, apartado 3, de la LFALN.

Se varía la regulación de los contratos de asistencia que se recoge en el art. 4.3 LFCP al disponer que “a los contratos para gestionar un servicio público de las entidades locales de Navarra y sus entidades vinculadas en los que la retribución al contratista no consista en su explotación económica o bien en la explotación acompañada de un precio se les aplicará el régimen jurídico establecido para los contratos de concesión de servicios”, cuando estos contratos son, conforme al citado art. 4.3 y al art. 2.1. d) de la Directiva 2004/18/CE, *genuinos contratos de asistencia* pues se encarga por un precio a un empresario o profesional, denominado contratista, la prestación de uno de los servicios señalados en el Anexo II de la LFCP, por cuenta del contratante, a un tercero o al público en general, modificándose también el plazo máximo del contrato». (Parte de la cursiva no es original).

(58) Criterio que, por otro lado, fue superado por la posterior jurisprudencia del TJUE, así plasmada en las nuevas Directivas contractuales.

(59) ALENZA GARCÍA (2006: p. 536) califica de «esquizofrénica a la *mens legislatoris*» las divergencias establecidas entre la LFCP y la Ley Foral 1/2007, de 14 de febrero, de modificación LFAL en materia de contratación local.

Por ello, para acabar con la ambigüedad e inseguridad jurídica del artículo 224.3 LFAL, el legislador foral debería darle una nueva redacción o suprimirlo mediante una remisión genérica a la LFCP.

Además, como ya dije, el legislador foral debería omitir toda referencia al contrato de gestión de servicios públicos para referirse a la concesión de servicios, acogiendo esta última denominación para referirse a la gestión indirecta de tales servicios mediante concesión (art.192.3, a) LFAL), y, por ende, deviniendo la única forma de gestión indirecta de aquéllos, al no cumplir el resto de modalidades con «los requisitos exigidos por la jurisprudencia del TJCE» (60).

3. Regulación específica de la concesión de servicios

La LFCP dedica un único artículo (167) a esta institución, pues éste remite a la prolija regulación de la concesión de obras públicas prevista en sus artículos 144 a 166, siempre que sea compatible con la naturaleza de ésta.

Como bien observó ALENZA GARCÍA (2006: pp. 531-532) la mayoría de las disposiciones del precitado artículo 167 son desafortunadas puesto que «o bien, no son específicas de la concesión de servicio, o bien deberían estar ubicadas sistemáticamente en otro lugar».

Considerando que la Directiva concesional eleva a un primer plano el papel a desempeñar por las concesiones de servicios y que un gran número de cuestiones sometidas a consulta de los órganos especializados en materia de contratación pública requieren de un previo análisis sobre la correcta tipificación de un contrato como de servicios (asistencia) o de gestión de servicios públicos (concesión de servicios), a mi juicio, sería deseable que el legislador foral —en consonancia con el TRLCSP— regulara con mayor precisión la concesión de servicios, y no tanto mediante una simple remisión a la concesión de obras públicas.

Un argumento a favor de esta teoría es, por ejemplo, la necesidad de redactar antes de la licitación un proyecto de explotación del servicio (167.3 LFCP).

En este sentido, el precitado autor ya señaló que tal proyecto no figura en la concesión de obras públicas, pues el estudio de viabilidad que en ésta se prevé (art. 147 LFCP) «tiene un contenido y finalidad diversa», por lo que se «extraña que no haya avanzado la LFCP alguna determinación más que detallara el contenido mínimo de este proyecto de explotación y sobre su procedimiento de aprobación».

(60) Así lo advirtió ya GIMENO FELIÚ (2006: p. 167).

4. Riesgo operacional versus equilibrio económico de la concesión

Una interpretación acorde —por restrictiva— al concepto de riesgo operacional, pese a errar en la denominación dada de riesgo y ventura, es el Informe de fiscalización y asesoramiento 2014/38, de 18 de diciembre de 2014, de la Cámara de Comptos sobre «Peaje en la Sombra» (61).

En dicho Informe, se analiza, entre otros, el pago de un canon por el Gobierno de Navarra a la sociedad concesionaria Autovía del Pirineo, S.A. por el uso de esta autovía en su tramo navarro (A-21) desde su puesta en servicio en enero de 2012 hasta diciembre de 2013 en función de dos parámetros: el Canon de Demanda (CD) y el Canon de Estado de la Infraestructura y Calidad del Servicio (CEICS), calculado el primero en función del volumen de vehículos que la transiten, y el segundo, automáticamente, en función del grado de calidad de gestión y disponibilidad de la infraestructura viaria.

El primer parámetro se corresponde con el riesgo de demanda y el segundo con el riesgo de suministro o de oferta de la Directiva concesional. Además, conforme al PCAP son asumidos por dicha Sociedad.

Obra en el Informe que en octubre de 2013 la concesionaria ha presentado una reclamación de reequilibrio económico de la concesión «justificada en que la no ejecución de la autovía a partir de la muga de Navarra, que es competencia del Ministerio de Fomento, repercute en el tráfico».

En este sentido, se extraña el órgano fiscalizador diciendo que:

«En este caso, es cuando menos sorprendente que en una concesión a 30 años, cuyo resultado final será el sumatorio de todos los resultados anuales, se solicite el reequilibrio en el primer ejercicio en que hay contraprestación, y que se aleguen circunstancias ajenas a la Administración Navarra»,

ya que entiende que, si bien serán los tribunales los que lo resuelvan, del clausulado del PCAP se infiere que la menor frecuentación de la infraestructura (riesgo de demanda) es un riesgo que debe ser asumido por la concesionaria, concluyendo como recomendación final:

«Analizar y concretar todo lo posible en la normativa y en los pliegos la dicotomía entre el equilibrio financiero de la concesión y el riesgo y ventura del contratista, de manera que se limiten al máximo las posibilidades de reclamación».

Notificado el precitado Informe a la concesionaria, ésta responde a la Cámara de Comptos a modo de Consideraciones, indicando que en su oferta ya tuvo en cuenta la asunción del riesgo y ventura si bien la cuestión principal no descansa en tal principio sino en la *alteración sustancial y sobrevenida* de

(61) Accesible en su página web.

la concesión, porque el tramo navarro sólo tiene sentido en su conjunto. Esto es, una vez construidos los tramos de Aragón y Cataluña. Por todo lo cual, imputa esa alteración a la política del Estado de contención del déficit público.

Procede traer a colación la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 3125/2011, de 16 de mayo, Sección 7ª, sobre el derecho al reequilibrio económico de AMT (Autopista Madrid-Toledo Concesionaria Española de Autopistas, S.A.) de su concesión (AP-41) como consecuencia de la transformación (desdoblamiento) de la carretera autonómica madrileña M-407 en autovía y de la falta de construcción de la autopista Toledo-Ciudad Real-Córdoba N-IV.

La concesionaria fundamenta su pretensión en que la falta de construcción de la autopista Toledo-Andalucía y el desdoblamiento de la M-407 son circunstancias extraordinarias e imprevisibles que alteran la concesión, al verse privada tanto del tráfico que le reportaría la construcción de la autopista como del que circula por la mejorada M-407, ya que de haberlo sabido «su oferta habría sido otra bien distinta» (FJ 3º).

Respecto al *desdoblamiento* de la M-407 (FJ 5º), el TS desestima el recurso al considerar que no es un hecho extraordinario e imprevisible (62) por lo que es un riesgo que debe ser asumido por la concesionaria ya que, por un lado, la carretera existía con anterioridad a la licitación y era conocido que estaba previsto su desdoblamiento, tal como se publicó, y, de otro, porque la Comunidad de Madrid tenía derecho a mejorar dicha infraestructura.

A mayor abundamiento, señala que ni del PCAP, ni del principio de coordinación previsto en la Ley de Carreteras 25/1988, ni del TRLCAP «resulta que habría debido responder la Administración General del Estado por actuaciones de la Comunidad de Madrid», lo cual completa con el siguiente argumento:

«De la primera no resulta otra cosa que la exclusión de la obligación de la Administración de restablecer el equilibrio de la concesión por actuaciones de las Administraciones Públicas contempladas en planes aprobados antes del anuncio del concurso para la adjudicación de la concesión. Extraer la conclusión de que por las no previstas en los planes conocidos antes de ese momento deba responder el

(62) Un claro ejemplo de acontecimiento extraordinario e imprevisible lo encontramos en «las amenazas terroristas expresas y directas proferidas contra las empresas adjudicatarias de las obras» de construcción de los tramos I y II de la Primera Fase de la Autovía del Norte (Iruztun-Andoain) y que dieron lugar al mantenimiento del equilibrio de la concesión mediante el abono de una compensación indemnizatoria equivalente al 20% de los presupuestos de cada contrato. Así consta en el Informe 1993/07, de 1 de enero de 1993, de fiscalización y asesoramiento de la Cámara de Comptos sobre la Autovía de Iruztun límite con Guipúzcoa, pp. 7 y 22, en el que dicho órgano justificaba tal compensación si tales amenazas habían perturbado gravemente el equilibrio financiero inicial de la concesión, señalando que esa forma de proceder suponía una «aplicación peculiar de la teoría del riesgo imprevisible», accesible en su página web.

Estado aunque sean obra de una Comunidad Autónoma es un paso para el que no basta el razonamiento a contrario porque una cosa es que la Administración concedente deba responder por lo que ya existe y es conocido en el momento de convocar el concurso, pues forma parte de la realidad en la que va a insertarse la concesión, y otra, bien distinta, que deba responder por decisiones posteriores de otros sujetos» (la cursiva no es original).

En lo relativo a la *falta de construcción de la autopista Toledo-Andalucía (FJ 6º)*, teniendo como hechos indubitados que su construcción estaba prevista, que el tramo explotado por la concesionaria (AP-41) era el primero del nuevo corredor a Andalucía y que la concesionaria presentó su oferta contando con dicho corredor, centra, una vez más, el debate en determinar si la no construcción es un hecho extraordinario e imprevisible, o, si por el contrario, es un riesgo que debe asumir la concesionaria.

En este contexto, entiende la Sala que:

«(...) la entrada en servicio de la nueva autopista tenía un peso fundamental en el planteamiento de la AP-41, pese a no hacerse referencia a ella en las cláusulas del contrato entre AMT y la Administración. Tal silencio era lógico, tal como sostiene la segunda demanda, desde el momento en que las partes habían asumido que aquella fue concebida como la primera parte del nuevo acceso a y desde Andalucía. Por tanto, siendo éste un presupuesto esencial en la concepción de la AP-41, no requiere mucho esfuerzo concluir que su ausencia ha de afectar decisivamente al equilibrio económico y financiero de la concesión ya que no podrá contar con el volumen de tráfico que aportaría la posibilidad de desplazarse por Toledo y Ciudad Real a Córdoba y a la N-IV o hacerlo en sentido inverso sin tener que desviarse por Despeñaperros»,

concluyendo que,

«(...) el proyecto del que hablamos era, en el momento de presentación de las ofertas para la adjudicación de la AP-41 algo más que un evento hipotético y futuro, que es la condición que le atribuye la segunda contestación a la demanda, y que su ausencia altera el equilibrio económico y financiero de la concesión por lo que procede su restablecimiento».

Aplicando esta doctrina al tramo navarro (A-21) de la Autovía del Pirineo, parece que en principio la Sala del TSJ-Navarra podría estimar la pretensión de restablecimiento del equilibrio concesional instada por la concesionaria Autovía del Pirineo, S.A.

Ahora bien, en este sentido, la valoración económica del tráfico que no circula por dicho tramo navarro como consecuencia de la falta de construcción de los tramos aragonés y catalán debería limitarse a las estimaciones de tráfico para los años 2012 y 2013 facilitadas por la Administración Foral, por ser el periodo reclamado.

De lo contrario, si la reclamación de la concesionaria computa la estimación de tráfico referida a la duración total de la concesión (30 años), se estarían compensando daños que no se corresponden con datos reales y objetivos (STS 3125/2011, de 16 de mayo, FJ 7°).

No obstante, debe advertirse que la precitada STS versa sobre un supuesto en el que la competencia para construir la autopista Toledo-Andalucía corresponde al Estado. Por contra, en el caso de la A-21 la competencia corresponde a Navarra.

Navarra tiene competencia exclusiva en materia de carreteras «cuyo itinerario se desarrolle íntegramente en territorio foral», al ser una competencia histórica [art. 49.1, f) LORAFNA]. Precepto que es desarrollado por la Ley Foral 5/2007, de 23 de marzo, de Carreteras de Navarra.

El artículo 4.1 de dicha Ley Foral define el Catálogo de Carreteras de Navarra como el instrumento público que permite identificar e inventariar las Carreteras de la Red de Carreteras de Navarra *titularidad* de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra, entre las cuales figura la A-21 (Anexo I).

Por tanto, considerando que la no construcción de los tramos aragoneses y catalanes no es imputable a la Comunidad Foral de Navarra, sino más bien a políticas de ajustes presupuestarios del Gobierno de la Nación (que una vez superados, aquéllos seguramente serán ejecutados por las Comunidades Autónomas de Aragón y Cataluña en virtud de sus competencias exclusivas en la materia), a mi juicio, no sería procedente estimar el derecho de la concesionaria de la A-21 al mantenimiento del equilibrio económico.

Ello es así, porque en virtud del FJ 5° de la tan traída STS, al tratarse de Administraciones diferentes, Navarra no tendría la obligación de asumir unos perjuicios que no son achacables a la misma [arts. 157.2 y 165.1, f) LFCP], sino al Estado.

En consecuencia, lo procedente sería que la concesionaria exigiera responsabilidad patrimonial al Estado.

V. CONCLUSIONES PROPOSITIVAS

1. **Ámbito estatal**

Es necesario que el legislador estatal adapte el TRLCSP (los artículos y el Anexo citados a continuación se refieren al mismo) a las Directivas 23, 24 y 25 de 2014 con la finalidad de:

1.- Fijar criterios interpretativos que permitan diferenciar el contrato de servicios de la concesión de servicios.

2.- Aclarar cuándo procede acudir a la gestión directa de servicios públicos y cuándo a la indirecta (art. 275) mediante concesión de servicios, debiendo además redefinirse esta última para que sea la única modalidad de gestión indirecta de dichos servicios (art. 277).

3.- Introducir un artículo específico que incorpore el nuevo umbral concesional. Esto, afectará a la actual redacción del artículo 14, del que deberá extraerse la concesión de obras públicas para llevarla, junto al contrato de gestión de servicios públicos, al nuevo artículo.

4.- Implementar los nuevos conceptos de concesión de obras o servicios suprimiendo las tradicionales denominaciones de «contrato de concesión de obras públicas» (art. 7) y «contrato de gestión de servicios públicos» (art. 8), regulando ambas clases en un Título específico de la nueva ley o Código que transponga las nuevas Directivas.

5.- Supeditar el concepto de concesión al de riesgo operacional, que, asimismo, debe ser definido y aclarado para distinguirlo del clásico principio de riesgo y ventura contractual.

6.- Establecer supuestos sobre qué se entiende por riesgo imprevisible, para distinguirlo de la fuerza mayor (pese a su equiparación jurisprudencial) y del caso fortuito.

7.- Limitar la duración de las concesiones, como regla general, a un plazo no superior a cinco años para evitar el cierre del mercado y la restricción de la competencia. Por ello, es necesario redefinir los supuestos previstos en los artículos 268 (contrato de concesión de obras públicas) y 278 (contrato de gestión de servicios públicos).

Nada obsta a que, dentro de ese plazo general se inserte, por ejemplo, la gestión de servicios públicos de las letras b) y c) del precitado artículo 278.

Por el contrario, la excepción al plazo de cinco años prevista en la Directiva concesional que permite fijar concesiones de mayor duración para garantizar al concesionario la recuperación de inversiones y la obtención de un beneficio, en principio, encaja mejor en los supuestos de construcción y explotación de obras públicas (art. 268) y de ejecución de obras con explotación de servicios públicos (art. 278, a), ya que el riesgo de demanda se incrementa considerablemente.

8.- Garantizar el derecho del concesionario al mantenimiento del equilibrio del contrato para no frustrar el objetivo de la Directiva concesional de apostar por la entrada del capital privado; a pesar de la regulación ya prevista en el TRLCSP para los casos de modificación y resolución de concesiones de obras públicas (arts. 258 y 271) y de contratos de gestión de servicios públicos (arts. 282 y 288).

9.- Permitir la interposición del recurso precontractual (recurso especial en materia de contratación pública) y contractual (cuestión de nulidad) tanto

si se trata de una concesión de obras o de servicios. Por la misma razón, debe modificarse la Ley 31/2007, de 30 de octubre, de contratación en los sectores especiales.

2. **Ámbito foral**

Con carácter general, las ideas expresadas en la Conclusión propositiva primera son extrapolables al legislador foral navarro, a salvo las siguientes concreciones, según se trate del ámbito de aplicación de la:

LFCP:

(Los artículos y el Anexo citados se refieren a esta Ley Foral)

1.– Sustituir definitivamente el concepto de contrato de asistencia por el de servicios, tal como ya hiciera el legislador estatal con la transposición de las Directivas comunitarias de «tercera generación» y que —como no podía ser de otra manera— siguen las Directivas europeas de «cuarta generación».

2.– Eliminar la distinción entre servicios prioritarios y no prioritarios del Anexo II, refundiendo todos y, en coherencia con el punto anterior, tipificarlos como contratos de servicios y no como «prestaciones del contrato de asistencia».

3.– Dar nueva redacción al artículo 4.4 y 5 redefiniendo el concepto de concesión de obras públicas (suprimiendo además el calificativo de públicas) y de servicios.

4.– Insertar en un Título específico de la LFCP el régimen jurídico concesional en sus dos modalidades, regulando, asimismo, con mayor precisión la concesión de servicios.

5.– Eliminar la referencia al riesgo y ventura de las concesiones de obras públicas (art. 140.1) y de servicios (art. 167.2), acogiendo la del riesgo operacional.

6.– Reducir los plazos concesionales (art. 142).

7.– Modificar el régimen de publicación de las concesiones tanto en el anuncio de licitación [lo que exige introducir en el art. 83.1 las concesiones de servicios y eliminar el ap. 4 del art. 167, además de incorporar el anuncio de información previa (art. 84) si la concesión es de servicios sociales u otros específicos del Anexo IV de la Directiva concesional] como en el anuncio de adjudicación (art. 97).

LFAL:

1.– Dar una nueva redacción al artículo 224.3 LFAL o suprimirlo directamente mediante una remisión genérica al artículo 167 LFCP para poner fin a la ambigüedad e inseguridad jurídica derivada de una interpretación errónea y contradictoria del concepto concesional.

2.– Dar nueva redacción al artículo 192.3 LFAL, de tal forma que la concesión de servicios sea la única modalidad de gestión de servicios públicos.

3.– Implementar el concepto de riesgo operacional eliminando el de riesgo y ventura (art. 200.2).

4.– Reducir los plazos concesionales (art. 194.1 LFAL) o remitirse directamente al general del artículo 142 LFCEP.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ALLENZA GARCÍA, José Francisco (2006): «Las clases de contratos. Contratos de obras, concesión de obras públicas y concesión de servicios», en ALLI ARANGUREN, J.C. (Dir.): *Comentarios a la Ley Foral de Contratos Públicos (Ley Foral 6/2006, de 9 de junio)*, Pro Libertate, Pamplona, pp. 457-538.
- ALLI ARANGUREN, Juan Cruz (2006): «La competencia de la CFN en materia de contratos», en ALLI ARANGUREN, J.C. (Dir.): *Comentarios a la Ley Foral de Contratos Públicos (Ley Foral 6/2006, de 9 de junio)*, Pro Libertate, Pamplona, p. 44.
- BERNAL BLAY, Miguel Ángel (2010): *El contrato de concesión de obras públicas y otras técnicas «paraconcesionales»*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), pp. 258-265.
- BLANCO LÓPEZ, Francisco (2014): «La Directiva 23/2014 de contratos de concesión. El “Riesgo operacional”», en *Revista Derecho y Salud*, Vol. 24 Extraordinario XXIII Congreso 2014\Ponencias, pp. 88-94.
- BOUSO DARRIBA, Germán y LOMAS MENESES, María (2014): «Las nuevas Directivas de Contratación (III)», accesible en la página web contratodeobras.com, Nota informativa núm. 4, p. 8.
- CEOE (2013): «La inversión de infraestructuras públicas en España. Propuesta de mejora del marco legal y la práctica de la contratación pública en materia de concesiones y colaboración público-privada», CEOE, Comisión de Concesiones y Servicios, accesible en su página web, pp. 26-31 y 77.
- COYLE CHARLES (2014): «Nueva Directiva sobre Adjudicación de Concesiones: ¿excluye las basadas en la transferencia del riesgo de disponibilidad?», en *Actualidad Jurídica Aranzadi* núm. 884, parte Comentario, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2014, pp. 1-2.
- GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, Francisco (Coord.) (2011): *Manual de contratación del sector público. Estudio sistemático de las obligaciones de la Hacienda Pública, los contratos y convenios de la Administración y del resto del Sector Público*, Comares, Granada, p. 270.

- GARCÍA RUBIO, Fernando (2015): «La Directiva de concesiones y su impacto sobre la contratación local en España», accesible en la página web del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas/INAP/Estudios y comentarios, p. 1.
- GIMENO FELLÚ, José María (2006): «Las disposiciones comunes a todos los contratos administrativos. Ámbito de aplicación de la Ley Foral, contratistas y normas generales de aplicación», en ALLI ARANGUREN, J.C. (Dir.): *Comentarios a la Ley Foral de Contratos Públicos (Ley Foral 6/2006, de 9 de junio)*, Pro Libertate, Pamplona, p. 167.
- (2013): «Las nuevas directivas —cuarta generación— en materia de contratación pública. Hacia una estrategia eficiente en compra pública», *Revista Española de Derecho Administrativo* núm. 159, pp. 39-105.
 - (2014): «Reforma de la normativa europea sobre contratación administrativa y transparencia en la contratación por parte del sector público» *I Seminario sobre Transparencia administrativa y protección de los intereses financieros de la Unión Europea en la Euroregión Galicia-Norte de Portugal*, pp. 1-109.
- GONZÁLEZ DE OLANO, Guillermo y NAVARRO MANICH, José Alberto (2014): «Comentarios a la Directiva 2014/23 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión», *Actualidad Jurídica Uría Menéndez* núm. 37, pp. 44-57.
- HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Francisco Luis (2015): «La nueva Directiva de concesiones. Un largo viaje con final esperado», *X Congreso de la AEPDA, Madrid, 6 y 7 de febrero de 2015*, pp. 1-44.
- IRIARTE ARISTU, Ignacio (2006): «La modificación de la Ley Foral de Administración Local para su adaptación a la Ley Foral de de Contratos Públicos», en ALLI ARANGUREN, J.C. (Dir.): *Comentarios a la Ley Foral de Contratos Públicos (Ley Foral 6/2006, de 9 de junio)*, Pro Libertate, Pamplona, p. 802.
- LAZO VITORIA, Ximena (2013): «El futuro del mercado concesional en Europa», *Revista CEFlegal.com* núm. 154/2013, noviembre de 2013, pp. 137-174.
- (2014): «Estado de la cuestión y novedades en el ámbito de los contratos de asociación público-privada en el marco europeo», *XIX Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública, Quito, Ecuador, 11-14 nov. 2014*, pp. 1-14.
- PFLUEGER TEJERO, Eduardo (2013): «La Propuesta de Directiva relativa a la adjudicación de los contratos de concesión: aspectos principales», *La constante e interminable reforma de la normativa sobre contratación pública, Primera ponencia*, Madrid, Comunicaciones, pp. 1-11.
- RAZQUIN LIZARRAGA, Martín María (1996): *Contratos públicos y derecho comunitario*, Aranzadi, Pamplona, pp. 103-106.

- (2014): «Contrato de gestión de servicios públicos y recursos especiales en materia de contratación (presente y propuestas de reforma)», *Revista Española de Derecho Administrativo* núm. 161/2014, pp. 38-74.
- RIBERA SALA, Ricardo (1998): «Hegel para principiantes. Ensayos», *Revista Cultura del Consejo Nacional para la Cultura y el Arte* núm. 81, Biblioteca Nacional de El Salvador, p. 41.
- SÁNCHEZ MORÓN, Miguel (2011): *Derecho Administrativo. Parte General*, 7ª Edición, Tecnos, Madrid, 2011, pp. 771-773.
- SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso (2013): «La constante e interminable reforma de la normativa sobre contratación pública», *Revista Española de Derecho Administrativo* núm. 159, pp. 25-36.
- VÁZQUEZ DEL REY VILLANUEVA, Ramón (2012): «Proyecto de Directiva de concesiones», en *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, núm. 32, pp. 55-65.
- VÁZQUEZ MATILLA, Francisco Javier (2010): «Nuevo régimen jurídico para las modificaciones de los contratos públicos: proyecto de Ley de Economía Sostenible», en esta REVISTA, núm. 37, 2010, p. 321.
- VILLAR EZCURRA, José Luis (2002): «El nuevo sistema concesional. El equilibrio económico en las concesiones de obras públicas», en *Revista de Obras Públicas* núm. 3425, Vol. Extraordinario, p. 75.

Jurisprudencia

SENTENCIAS del:

TS, de 14 de febrero de 1986, RJ 1986\1582, FJ 2º.

TS, de 13 de noviembre de 1986.

TS, de 6 de marzo de 1999, RJ 1999\1983, FJ 3º.

TS, núm. 3125/2011, de 16 de mayo, FJ 3º, 5º y 6º.

TJCE, de 29 de abril de 2004 (asunto C 496/99P, Cas Suchi di Frutta Spa).

TJUE, de 18 de enero de 2007 (asunto C-220/05, Jean Auroux y otros), apartado 40.

TJUE, de 10 de septiembre de 2009 (asunto C-206/08, Eurawasser).

TJUE, de 10 de marzo de 2011 (asunto C-274/09, Privater).

TJUE, de 10 de noviembre de 2011 (asunto C-348/10, Norma A y Dekom).

Informes y Resoluciones de órganos especializados

INFORME 1993/07, de 1 de enero de 1993, de fiscalización y asesoramiento de la Cámara de Comptos sobre la Autovía de Irurtzun límite con Guipúzcoa, pp. 7 y 22.

INFORME 4/2006, de 18 de septiembre, de la JCCA de Navarra sobre el Anteproyecto de modificación de la LFAL para su adaptación a la LFCE, FJ 2º.

INFORME 2/2014, de 22 de enero, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón.

INFORME 2014/38, de 18 de diciembre de 2014, de fiscalización y asesoramiento, de la Cámara de Comptos sobre «Peaje en la Sombra», pp. 16-18 y 25.

RESOLUCIÓN del TACRC 341/2014, de 30 de abril, sobre la gestión del servicio público mediante la modalidad de concesión, de recogida y transporte de residuos generados en el término municipal de Artà (Islas Baleares) y de servicios de limpieza viaria.

RESOLUCIÓN del TACRC 215/2014, de 14 de marzo, relativa a la gestión del servicio público denominado «Punto de Encuentro Familiar de Ourense».

Legislación

DIRECTIVA 2004/17/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales.

DIRECTIVA 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios.

DIRECTIVA 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión.

DIRECTIVA 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2014/18/CE.

DIRECTIVA 2014/25/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales y por la que se deroga la Directiva 2004/17/CE.

LEY FORAL 6/1990, de 2 de julio, de la Administración Local de Navarra.

Otras fuentes

COMUNICACIÓN de la Comisión de 20.11.2007 COM(2007) 725 final, al Parlamento Europeo, el Consejo, el Comité Económico y Social Europeo y el Comité de las Regiones, que acompaña a la Comunicación «Un mercado único para la Europa del siglo veintiuno» Servicios de interés general, incluidos los sociales: un nuevo compromiso europeo.

COMUNICACIÓN de la Comisión, de 3 de marzo de 2010, denominada «Europa 2020: Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador» [COM(2010) 2020 final].

COMUNICACIÓN interpretativa de la Comisión Europea sobre las concesiones en el derecho comunitario del año 2000, de 12 abril.

CONFERENCIA sobre las nuevas normas de la UE relativa a adquisiciones y concesiones, celebrada en Bruselas el día 19 de marzo de 2014, accesible en la página web de la Comisión Europea/Dirección General de Mercado Interior y Servicios.

INFORMACIÓN legislativa de la Unión Europea, accesible en la página web de la Comisión Europea.

LIBRO VERDE sobre la modernización de la política de contratación pública de la UE. Hacia un mercado europeo de la contratación pública más eficiente [COM(2011) 15 final], de 27 de enero de 2011.

NOTA DE PRENSA del Parlamento Europeo de 15 de enero de 2014, accesible en la página web del Parlamento Europeo/En portada.

PROPUESTA DE DIRECTIVA 2014/23: Comisión de Mercado Interior y Protección al Consumidor, Parlamento Europeo: Proyecto de informe sobre la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la adjudicación de contratos de concesión, de 1 de febrero de 2013, accesible en la página web del Parlamento Europeo/Documento de sesión (A7-0030/2013).

PROPUESTA DE DIRECTIVA relativa a la adjudicación de contratos de concesión (COM [2011] 897 final, 2011/0437 [COD], de 20.12.2011).

LA NUEVA LEY DE COORDINACIÓN DE POLICÍAS LOCALES DE ARAGÓN Y LA POSIBILIDAD DE ASOCIACIÓN DE MUNICIPIOS PARA EJERCER FUNCIONES DE POLICÍA LOCAL (*)

JUAN JESÚS ALCÁNTARA REIFS

SUMARIO: I. APROXIMACIÓN AL MODELO POLICIAL ESPAÑOL.— II. LA LEY DE COORDINACIÓN DE POLICÍAS LOCALES DE ARAGÓN.— III. EL ÁMBITO TERRITORIAL DE ACTUACIÓN DE LAS POLICÍAS LOCALES: 1. Regla general. 2. Las excepciones del art. 51.3 LOFCS: A) Las situaciones de emergencia. B) La protección de autoridades. 3. Ampliación de supuestos por parte de la legislación autonómica. En especial, el caso de Aragón: A) Las situaciones especiales y urgentes. B) Acuerdos bilaterales por necesidades estacionales o circunstancias extraordinarias. C) Otros instrumentos con la misma finalidad.— IV. EN PARTICULAR, LA POSIBILIDAD DE ASOCIACIÓN DE MUNICIPIOS PARA EJERCER FUNCIONES DE POLICÍA LOCAL: 1. Primeras previsiones autonómicas al respecto y la respuesta del Tribunal Constitucional. 2. La introducción de una nueva Disposición Adicional quinta en la LOFCS y las posibilidades que abre. 3. La previsión de la Ley de Coordinación de Policías Locales de Aragón. Análisis: A) El instrumento jurídico previsto. B) Requisitos de los municipios asociados. C) Requisitos procedimentales. D) Necesidad de un detallado Estatuto de la Mancomunidad para la prestación del servicio de Policía Local.— V. CONCLUSIÓN.— VI. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: El trabajo efectúa un análisis de la Ley 8/2013, de Coordinación de Policías Locales de Aragón, partiendo del estudio de la normativa que le sirve de marco (Constitución Española, Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de seguridad —en especial su Disposición Adicional quinta— y Estatuto de Autonomía de Aragón), y que se completa con una exposición de la doctrina del Tribunal Constitucional. Además, también se realiza una comparación con las leyes análogas de otras Comunidades Autónomas. El estudio presta una especial atención a las novedades más destacables de la nueva norma (homogeneización de medios técnicos, la uniformidad, la formación y carrera profesional de los agentes, los modos de selección del Jefe del Cuerpo de Policía Local...), centrándose, por su trascendencia, en dos temas. Por un lado, el ámbito territorial de actuación de las Policías Locales y todas las excepciones previstas en la legislación estatal y autonómica a la regla general, criticando el excesivo rigor de la legislación

(*) Trabajo recibido en esta REVISTA el 30 de diciembre de 2014 y evaluado favorablemente para su publicación el 2 de febrero de 2015.

estatal, las extralimitaciones autonómicas y proponiendo interpretaciones correctoras. Y por otro lado, la posibilidad de asociarse varios municipios para la prestación de servicios de Policía Local, pues estamos convencidos de que se trata de un instrumento valioso para conseguir una mayor eficacia policial, aunque con una regulación poco clara y tampoco muy favorecedora del fenómeno.

Palabras clave: Policía local; Aragón; seguridad pública; Fuerzas y Cuerpos de Seguridad; Comunidad Autónoma; Mancomunidad.

ABSTRACT: The work carried out an analysis of the Law 8/2013, for the Coordination of local policemen in Aragon, the study of the standards, which serves as a framework (Spanish Constitution, the Organic Law of the security forces –in particular its fifth additional provision– and Statute of Autonomy of Aragon), and that is complete with an exhibition of the doctrine from the Constitutional Court. In addition, it is also performs a comparison with the similar laws in other Autonomous Communities. The study pays special attention to the most remarkable developments of the new standard (homogenization of technical means, uniformity, the training and professional career of the agents, the modes of selection of the Chief of the Local Police...), focusing in terms of importance, in two subjects. On the one hand, the territorial scope of the activities of the local police and all the exceptions provided for in state legislation and autonomic to the general rules, criticizing excessive stringency of state legislation, the excesses autonomous and proposing corrective interpretations. And on the other hand, the possibility of associating with several municipalities for the provision of local police services, because we are convinced that this is a valuable tool to achieve greater effectiveness of policing, although with a little clear regulation and not very flattering of the phenomenon.

Key words: local police; Aragon; public security; law enforcement and security forces; Autonomous Community; Commonwealth.

I. APROXIMACIÓN AL MODELO POLICIAL ESPAÑOL

Las Leyes de Coordinación de Policías Locales son las leyes aprobadas por las Comunidades Autónomas tras la asunción en sus Estatutos de Autonomía de la competencia de coordinación sobre los cuerpos de seguridad locales. Todas las Comunidades Autónomas elaboraron y dictaron sus respectivas Leyes de Coordinación de Policías Locales, elaboradas las primeras a mediados de la década de los años ochenta y primeros de los noventa y surgiendo a partir del año 2000 una segunda hornada, con la intención de subsanar las deficiencias y «pecados» de juventud de los que adolecían aquellas.

El presente artículo pretende llevar a cabo un somero análisis de la más reciente Ley de Coordinación de Policías Locales aprobada en el territorio nacional, que es la correspondiente a la Comunidad Autónoma de Aragón, para lo que en algunas cuestiones se realizará una comparación con las leyes

análogas de otras Comunidades Autónomas. Tras el estudio de todas ellas, se puede llegar a la conclusión de que, de un modo u otro, las precedentes sirven de fuente de inspiración de las posteriores, pues toman de las mismas las medidas consideradas positivas.

Para concretar el marco jurídico se aludirán a los principales artículos constitucionales relacionados con el tema, como fundamento principal donde sustentar la posterior construcción jurídica. Así, partimos de la idea que el actual modelo policial español es un modelo descentralizado (1), como se desprende de la Constitución Española, concretamente en sus artículos 149.1.29 y 148.1.22.

El 149 CE otorga de manera *exclusiva* la competencia en materia de *seguridad pública* al Estado, al explicitar en su apartado 1 que «El Estado tiene competencia *exclusiva* sobre las siguientes materias», y en concreto en su apartado 29 la «*Seguridad pública*» (2).

Pese a esa literalidad, de inmediato, se observa que la proclamada *exclusividad* no es tal, pues el mismo apartado matiza: «sin perjuicio de la posibilidad de creación de policías por las Comunidades Autónomas en la forma que se establezca en los respectivos Estatutos en el marco de lo que disponga una ley orgánica». De este modo se alude a que será a través de «una ley orgánica» y de los Estatutos de Autonomía de cada una de las respectivas Comunidades Autónomas como se concretará el panorama de la seguridad pública en cada Comunidad Autónoma. Hay que añadir que dentro del elenco de competencias recogidas en el artículo 148 CE, de las que se permite que las Comunidades Autónomas asuman desde un primer momento, se encuentra en el apartado 22:

«La vigilancia y protección de sus edificios e instalaciones. La *coordinación* y *demás facultades* en relación con las policías locales en los términos que establezca una ley orgánica.» (3)

Otro artículo fundamental y sin el cual no queda cerrado el marco constitucional es el 104 CE:

(1) Los artículos 2, 137 y 140 CE recogen la idea de un Estado descentralizado. Cuando un Estado posee una organización territorial descentralizada lo lógico, y así es en este caso, es que su estructura policial también lo sea. Sobre el modelo policial español, entre otros, vid. BARCELONA LLOP (1997: in totum) y JAR COUSELO (2000: in totum).

(2) Sobre el concepto de seguridad pública y su conexión con otras nociones como la de seguridad ciudadana y orden público, vid. IZU BELLOSO (1998: 244, 246, 247 y 252); CARRO FERNÁNDEZ (1990: 22); PAREJO ALFONSO y DROMI (2001: 44-59); DE LA MORENA Y DE LA MORENA (1986: 321-361) y (1987: 289-313); BARCELONA LLOP (1997a: 208-ss); IZQUIERDO CARRASCO (2008: 635 ss.).

(3) BARCELONA LLOP (1997: 297); GUILLEN I LASIERRA (1993: 176-196).

«1. Las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, bajo la dependencia del Gobierno, tendrán como misión proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana.

2. Una ley orgánica determinará las funciones, principios básicos de actuación y estatutos de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.»

Se observa cómo en este precepto constitucional le son atribuidas a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad las funciones materiales, si bien, no concreta cuáles serán los cuerpos encargados de la seguridad ni cuáles las competencias concretas que poseerán cada uno de ellos, remitiendo para ello al legislador orgánico.

Por tanto, como resultado del mandato imperativo de este artículo 104 CE se aprobó la Ley Orgánica 2/86, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (LOFCS, en las siguientes) que corrobora sin demora la descentralización de la seguridad pública y cuyo artículo 1.4 afirma que el «mantenimiento de la seguridad pública se ejercerá por las distintas Administraciones Públicas a través de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad», siendo el mismo artículo el que proclama que las Comunidades Autónomas y las Corporaciones Locales *participarán* en el mantenimiento de la seguridad pública. Por tanto, en lo que ahora más nos interesa, se observa que el precepto atribuye también a los municipios una cierta competencia en materia de seguridad pública.

En definitiva, el panorama policial español queda determinado como expone el artículo 2 LOFCS al decir que «son Fuerzas y Cuerpos de Seguridad:

a) Las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado dependientes del Gobierno de la Nación (4).

b) Los Cuerpos de Policía dependientes de las Comunidades Autónomas.

c) Los Cuerpos de Policía dependientes de las Corporaciones Locales.»

Ahora bien, para que una determinada Comunidad Autónoma ostente competencia en materia de seguridad pública debe ser asumida *expresamente* en su respectivo Estatuto de Autonomía, siendo éste el que precise el nivel de competencia que asume. En esta línea, el artículo 1.2 LOFCS afirma que «Las Comunidades Autónomas participarán en el mantenimiento de la seguridad pública en los términos que establezcan los respectivos Estatutos y en el marco de esta Ley».

En el caso de la Comunidad Autónoma de Aragón, la asunción de la competencia en materia de seguridad pública y coordinación de los cuerpos de policía local, se ha llevado a efecto mediante la Ley Orgánica 5/2007, de 20 de abril, de reforma del Estatuto de Autonomía de Aragón, que estipula en su artículo 76:

(4) Según el art. 9 LOFCS, el Cuerpo Nacional de Policía y la Guardia Civil.

«1. La Comunidad Autónoma podrá crear una Policía autonómica en el marco del presente Estatuto y de la ley orgánica correspondiente.

2. La Comunidad Autónoma determinará las funciones de la Policía autonómica de Aragón en su ley de creación en el marco de la legislación del Estado.

3. *Corresponde a la Comunidad Autónoma la coordinación de la actuación de las Policías locales aragonesas.*

4. Se creará, en su caso, una Junta de Seguridad que, con representación paritaria del Estado y la Comunidad Autónoma, coordinará las actuaciones de la Policía autonómica y de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado».

II. LA LEY DE COORDINACIÓN DE POLICÍAS LOCALES DE ARAGÓN

Como se ha dicho, cada Comunidad Autónoma ha aprobado su propia Ley de Coordinación de Policía Local, conformándose así diecisiete regímenes jurídicos heterogéneos, pese a encontrarse con la LOFCS como punto de partida inexorable, al que deben respetar y que regula en sus artículos 51 a 54 —ambos inclusive— el régimen de las Policías Locales.

La Comunidad Autónoma de Aragón ha aprobado la Ley 8/2013, de 12 de septiembre, de Coordinación de Policías Locales de Aragón (5) (LCPLAR en adelante), que deroga la primera Ley de Coordinación de Policías Locales de Aragón, la Ley 7/1987, de 15 de abril. La Ley derogada era una norma especialmente breve, pues tan solo contaba con ocho artículos, lo que dejaba multitud de cuestiones sin regular o lo hacía de un modo excesivamente genérico, lo que aportaba poca seguridad jurídica. Así, se esperaba de la nueva norma que diera solución a los problemas que poseen los cuerpos de Policía Local de Aragón, lo que no parece haberse logrado, pues no ha colmado las —quizá demasiado altas— expectativas (6) puestas en ella.

Entre los principales motivos que alientan la creación y perfeccionamiento de las Leyes de Coordinación de Policías Locales se encuentran establecer cauces apropiados e institucionalizados de comunicación entre los municipios que poseen cuerpo de Policía Local y la correspondiente Comunidad Autónoma; la homogeneización del régimen de funcionamiento de los cuerpos locales; así como el establecimiento de un régimen jurídico común.

Las siguientes líneas pretenden analizar las novedades más destacables que introduce la nueva LCPLAR, con especial detenimiento en la regulación

(5) *Boletín Oficial de Aragón*, nº 188, de 24 de septiembre de 2013.

(6) Como consecuencia de la aprobación de esta Ley de Coordinación se formularon quejas unánimes tanto por parte de los sindicatos como de los partidos políticos. El PSOE dijo que «es una oportunidad perdida porque no va a solucionar ninguna de las carencias de la Ley». Vid. *Diario Heraldo de Aragón*, viernes 13 de septiembre de 2013, p. 6. «Nace la nueva ley de policías locales con duras críticas de los profesionales.»

que se realiza de un tema que presenta un particular interés: la posibilidad de asociarse varios municipios para la prestación de servicios de Policía Local.

Se ha producido un salto cuantitativo en el número de artículos de la nueva LCPLAR con respecto a la que deroga, pues ha pasado de 8 a 34 artículos, pese a lo que tampoco resulta especialmente extensa, pues otras leyes de coordinación de Policía Local poseen un número bastante mayor de artículos —como, por ejemplo, Andalucía que posee en la suya un total de 60 artículos y las Islas Baleares en su Ley de Policía Local que posee 105 artículos—. Este incremento y nueva redacción —entendemos— ha conllevado mejoras cualitativas respecto a la anterior norma.

Las normas han de ir adaptándose a la sociedad y esta cuestión no es distinta al resto, pues la mejor regulación de esta materia supone una garantía tanto para el ciudadano como para los propios agentes de policía: los primeros aprenderán a distinguir los policías locales y sus competencias respecto de otros cuerpos policiales y, en última instancia, recibirán un mejor servicio; y los segundos sabrán a qué deben atenerse, tanto orgánica como funcionalmente.

Sin perjuicio del análisis más detenido que se efectuará en los siguientes epígrafes de lo relativo al ejercicio asociado de funciones de policía local, el contenido de la vigente LCPLAR es similar al común de todas las Leyes de Coordinación existentes. Expongamos sintéticamente algunos de estos aspectos:

i) Se regula la *Comisión de Coordinación*, que es un órgano cuya función principal es asesorar al gobierno autonómico. La nueva Ley introduce un representante de los Jefes de las plantillas de Policía Local, lo que resulta una inclusión muy oportuna pues realmente son los Jefes de las plantillas los gestores de las mismas, lo que hace que su opinión posea gran relevancia evitando que la Comisión quede sesgada en perspectivas. No obstante, se sugiere que en lugar de un Jefe de plantilla deberían ser dos, pues uno de ellos *necesariamente* debería representar a plantillas pertenecientes a municipios con número de habitantes inferior a 20.000 que, sin duda, poseen una idiosincrasia muy diferente.

ii) La *homogeneización de medios técnicos* pretende garantizar un servicio de análoga eficiencia en toda la Comunidad Autónoma. Estas cuestiones se encuentran reguladas en su Título I, Capítulo III denominado «*Medios Técnicos*», y en el Título III en sus Capítulos III y IV denominados respectivamente «*Derechos y Deberes*» y «*Condiciones de Trabajo*». No obstante, no basta con establecer estos medios técnicos sino que también es necesario crear mecanismos que obliguen a los Ayuntamientos a obedecer el contenido de la LCPLAR. El establecimiento de estos mecanismos coactivos sigue siendo una *asignatura pendiente* de difícil solución, lo que conlleva que los medios técnicos que cada Municipio asigne a la Policía Local dependa de la mayor o menor importancia que éste le otorgue y obviamente de su capacidad económica.

No se habrá conseguido una verdadera homogeneización en la Comunidad Autónoma si los medios técnicos con los que cuentan las distintas plantillas de agentes existentes poseen una gran diferencia.

iii) La *uniformidad* se regula en el artículo 18 LCPLAR, procurando unas directrices precisas cuya finalidad es conseguir una única y homogénea imagen de los cuerpos de Policía Local, para que puedan ser reconocidos por el ciudadano, independientemente del municipio en el que se encuentre. Aún se observan municipios, en todas la Comunidades Autónomas, que no se atienen a lo dispuesto en su regulación autonómica, poseyendo uniformidades distintas en los agentes y mucho más divergentes en los vehículos.

iv) En lo que respecta a los *criterios de selección*, la LCPLAR en su artículo 16 introduce la posibilidad para el puesto de Jefe del Cuerpo de Policía Local de la utilización del sistema de libre designación, sistema de acceso que se encuentra en auge. La legitimidad democrática de este sistema de acceso se encuentra en el hecho de que el Alcalde electo goza de ella y por tanto a través de este sistema se favorece que la Jefatura del Cuerpo de Policía Local sea una persona de su plena confianza personal —y probablemente coincidente con su ideología política—. De este modo, como aspecto positivo, se intenta obtener una absoluta continuidad a las directrices que emanen del Alcalde, pretendiendo una fluida correspondencia entre la voluntad del pueblo que elige a su Alcalde que expedirá órdenes concretas y la dirección y supervisión de las mismas por el Jefe del Cuerpo de Policía Local por aquel elegido. No obstante, este sistema no sólo tiene su lado positivo, sino que encuentra también un aspecto negativo, pues dado que el puesto de Jefe de Policía Local se encuentra totalmente vinculado a la voluntad personal del Alcalde, conlleva que pueda separarlo del cargo a su libre albedrío, lo que acarrea el riesgo de convertirlo así en un eventual instrumento de mermada iniciativa y cuya labor exclusiva se pueda cuasi convertir en la de canal transmisor entre la voluntad de la alcaldía o delegación de seguridad y los subordinados.

En algunas Comunidades Autónomas se permite que el Alcalde pueda elegir mediante el sistema de libre designación como Jefe del Cuerpo de Policía Local a miembros de otras Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (7). No obstante, la Ley aragonesa analizada establece que esa libre designación sea exclusivamente entre miembros de la Policía Local. No parece que sea necesario hoy en día acudir a otras Fuerzas y Cuerpos de Seguridad para tener personal bien y específicamente formado en funciones de Policía Local, pues la experiencia y formación específica de otros cuerpos policiales será bien distinta a la de Policía Local. De ahí que considere acertada la posición de la Ley aragonesa

(7) Artículo 12 Ley Coordinación Policías Locales de Andalucía; artículo 22 Ley Coordinación Policías Locales de las Islas Baleares.

de que preferentemente la libre designación sea entre miembros de plantillas de Policía Local, pudiéndose estudiar —en ese caso— si restringida dicha opción a la Comunidad Autónoma de pertenencia del municipio en cuestión, o, ampliado a cualquier otra Comunidad Autónoma, siendo esto último una cuestión menor —Aragón se ha inclinado por la opción amplia—.

La misma LCPLAR prevé también para la selección de Jefe de Policía Local el *sistema de concurso-oposición libre*, de manera que podría participar cualquier persona que posea la titulación exigida, cumpliera los requisitos establecidos y supere las pruebas determinadas, si bien destaca que no es requisito poseer la previa condición de policía. Parece merecedora de reproche esta opción, pues con este sistema podrá acceder a la Jefatura de un cuerpo policial cualquier persona que carezca de experiencia policial alguna, lo que no comparto. Se subsanaría incluyendo como requisito imprescindible ser miembro perteneciente a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y en línea con lo antes mantenido «perteneciente a una plantilla de Policía Local».

Por último, incluye el *sistema de concurso* entre funcionarios de carrera del mismo o de otro Cuerpo de Policía Local de Aragón que pertenezcan a igual o superior categoría. De entre las expuestas es una buena opción por varios motivos: por un lado, favorece la carrera profesional de los policías locales en ejercicio, pues no verán mermadas sus aspiraciones ya que sólo ellos podrán acceder a este puesto; por otro lado, denota que actualmente la formación de los miembros de policía local es idónea para el desempeño de estos cargos técnicos, no necesitando ya *importar* jefes de otros cuerpos de seguridad o de naturaleza militar, como ocurriera antaño (8). No obstante lo anterior, podría mejorarse esta opción si se le añadiera a la parte de concurso una parte de oposición, todo ello «entre funcionarios de carrera del mismo o de otro Cuerpo de Policía de Aragón», con lo que no sólo se demostraría el currículum del aspirante, sino también su capacitación.

v) En el artículo 8 LCPLAR, que versa sobre un pilar fundamental para el buen ejercicio de la labor policial como es la *Formación y carrera profesional*, se echa en falta la articulación de instrumentos que obliguen a los ayuntamientos de manera insoslayable a ofrecer a un *mínimum* formativo anual a todos y cada uno de sus miembros de policía local. No cabe que la formación quede a la voluntad del propio ayuntamiento —que podrá fomentarla o no—, pues conocido es que existen ayuntamientos, especialmente de tamaño menor, que no

(8) Por ej., el art. 42 Ley 1/1989, de 8 de mayo, de Coordinación de las Policías Locales de Andalucía (vigente hasta el 4 de enero de 2002), establecía que «el sistema de acceso a la escala ejecutiva, en todas sus categorías, y básica, en la de cabo, será únicamente por promoción interna, salvo cuando sea la máxima categoría existente en la plantilla». Esto es, para la máxima categoría del cuerpo se permitía el acceso a personal de otros cuerpos policiales o militares.

fomentan e incluso obstaculizan la formación por la dificultades que les acarrea tener que prescindir de uno o varios agentes durante el tiempo de formación. Tampoco debería quedar la formación a iniciativa o voluntad de los propios agentes de policía, sino que deberían recibirla de manera obligatoria dentro de su jornada laboral, consiguiendo así que sus conocimientos y habilidades se encuentren completamente actualizados.

vi) El artículo 7 LCPLAR *crea un registro autonómico de policías locales*, el cual posibilita el permanente y exacto conocimiento del número de agentes de policía existente en la Comunidad Autónoma de Aragón. Además, si posteriormente se gestiona adecuadamente incluso podrá constar, no sólo el número de agentes y lugar donde desempeñan sus funciones, sino incluso si se encuentran en servicio activo, segunda activada, etc. No obstante, se puede observar que adolece de un equivalente registro de vigilantes municipales, como si lo tiene por ejemplo la Comunidad Autónoma de Andalucía, que lo recoge en su artículo 17 de la Ley de Coordinación de Policías Locales de Andalucía (LCPLA), lo que acrecienta ese control de todo aquel personal, y no meramente policial, que desempeñe funciones cercanas o relacionadas a la materia de seguridad.

III. EL ÁMBITO TERRITORIAL DE ACTUACIÓN DE LAS POLICÍAS LOCALES

1. Regla general

Tratar de delimitar el ámbito espacial donde la Policía Local puede ejercer sus competencias, conduce *prima facie* a la respuesta fácil —y lógica por otro lado— a que debería coincidir exactamente con los límites del término municipal (9). De hecho es un sólido argumento, si se tiene presente como se redacta el artículo 51.3 LOFCS, que con la intención de establecer una frontera clara defiende que «Dichos cuerpos sólo podrán actuar en el ámbito territorial del municipio respectivo...». Por su parte, la propia LCPLAR se hace eco del mismo y su artículo 12 recoge que «Los Cuerpos de Policía local actuarán en el ámbito territorial de sus respectivos municipios». Sin embargo, es una obviedad, que si esta afirmación se aplica de manera insalvable, convertiría en inoperantes a los cuerpos de Policía Local en más de una ocasión. Por tanto, se deben tener presentes más factores que la mera delimitación física

(9) Puesto que el objeto de este trabajo es la ley aragonesa de policías locales, dejamos a un lado el análisis de hasta qué punto la aplicación restringida de la LOFCS en la Comunidad Foral de Navarra permitiría que esta Comunidad Autónoma no quedara vinculada por esta circunscripción municipal para la creación de cuerpos de policía local. Una exposición de esta cuestión puede encontrarse en BARCELONA LLOP (1997: 308-309).

del término municipal para no entorpecer determinadas actuaciones de estos cuerpos locales.

2. Las excepciones del art. 51.3 LOFCS

El artículo 51.3 LOFCS establece lo siguiente:

«Dichos cuerpos (los locales se entiende) sólo podrán actuar en el ámbito territorial del municipio respectivo, salvo en *situaciones de emergencia* y previo requerimiento de las autoridades competentes. No obstante, cuando ejerzan *funciones de protección de autoridades* de las corporaciones locales, podrán actuar fuera del término municipal respectivo, con autorización del Ministerio del Interior o de la correspondiente autoridad de la comunidad autónoma que cuente con cuerpo de policía autonómica, cuando desarrollen íntegramente esas actuaciones en el ámbito territorial de dicha comunidad autónoma.»

De esa forma, la LOFCS ya prevé dos supuestos —sólo dos— en los que cede ese límite territorial antes mencionado:

A) Las situaciones de emergencia

La LOFCS es plenamente consciente que en una labor policial surgirán *situaciones de emergencia* que podrían justificar la necesidad de una actuación fuera del término municipal. Pero el precepto somete estos supuestos a un relevante requisito: el previo requerimiento de las autoridades competentes.

No obstante, podemos plantearnos hasta qué punto encuentran amparo en este precepto las siguientes situaciones:

- Que la autoridad competente lo solicite. Este es el supuesto en el que parece estar pensando el precepto. Esto es, se requeriría un expreso requerimiento de una autoridad a otra que dispone de los agentes de policía que son necesarios para la *situación de emergencia* surgida.
- Que sea un agente el que lo solicita. Pese a lo recogido en el apartado anterior, se debe entender que este supuesto posee amparo legal, basado en aquél, cuando sea un agente de policía (o el responsable del turno) el que solicite al municipio colindante el auxilio necesario y urgente para la situación de emergencia acaecida fuera del término municipal de los agentes requirentes. Esto ocurre con relativa frecuencia, por ejemplo, en accidentes de tráfico en los que se necesita un auxilio urgente a los implicados en el mismo. Una vez acaecido el accidente de tráfico, en una carretera comarcal o en la ronda exterior de una ciudad, cuya titularidad a efectos de vigilancia etc., sea de la Guardia Civil, en ocasiones y dado el amplio sector que estas patrullas

estatales cubren, solicitan el auxilio —en tanto llegan— del cuerpo de policía local más cercano a la situación de urgencia (10) para que preste unas primeras medidas de seguridad, auxilio, identificación etc. Este requerimiento —es obvio por la premura del evento— no lo hará una autoridad a otra, pero se debería entender formalmente realizado por aquella, si bien, materialmente a través del agente de la autoridad o jefe de turno que se encuentre de servicio. Es más, este tipo de situaciones deberían encontrarse acordadas en las Juntas Locales de Seguridad, de manera que quedara recogido de manera expresa.

- La persecución en *caliente*. Por otro lado, es sorprendente que la LOFCS no haya previsto persecuciones en *caliente*, es decir, casos tan factibles como por ejemplo que el presunto infractor —en plena huida— se salga del propio término municipal. En puridad, este supuesto no tiene amparo en el artículo 51.3 LOFCS. No obstante, podría entenderse tácitamente amparado en el artículo 5.4 LOFCS cuando recoge que los miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad «deberán llevar a cabo sus funciones con total dedicación, debiendo intervenir siempre, en cualquier tiempo y lugar, se hallaren o no de servicio, en defensa de la Ley y de la seguridad ciudadana». También el artículo 3 LOFCS recoge que «Los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad ajustarán su actuación al principio de cooperación recíproca...», lo que insiste en la tesis de que la respuesta debiera ser que se les permita salir de su término municipal en auxilio de las personas necesitadas de él.

Sin embargo, ¿qué ocurre con los agentes y la Administración pública local de la que dependen, si de su actuación se deriva algún contratiempo del que pueda resultar responsabilidad penal o civil? Quizá, ¿quedan sin soporte normativo y por tanto son responsables personal y pecuniariamente los agentes de policía local actuantes? Si la respuesta a esto fuera positiva ¿deberían negarse los agentes de policía local requeridos a salir del municipio para atender el hecho que requiere de su auxilio por encontrarse fuera del mismo si bien sean unos pocos de metros? Acaso ¿salir justificadamente del término municipal, pese a carecer de previa autorización de la Autoridad competente, conlleva la pérdida de su condición de agente de la autoridad conforme se va alejando del límite municipal establecido? La respuesta debiera ser contundentemente negativa, pues la condición de agente de la autoridad no se pierde por ello como ya se ha dicho según el tenor del artículo 5.4 LOFCS.

(10) Es cierto que no coinciden completamente las definiciones de emergencia y urgencia, pero no se puede permitir una laguna de este tipo por una cuestión meramente semántica.

No obstante, y dado que los cuerpos de policía local son cuerpos jerarquizados, no deben ser los propios agentes los que decidan —sin más— lo relatado en los epígrafes anteriores, sino que quien decida en cada caso concreto debiera ser el Jefe del Turno o responsable del servicio en esa franja horaria, el cual ordenará que a través de los medios disponibles se solicite auxilio al cuerpo requerido para que preste auxilio o se solicite colaboración para tratar de detener al presunto delincuente. Todo ello, sin perjuicio de la más inmediata comunicación —obviamente posterior como no puede ser de otra manera— al Jefe del cuerpo que hará lo propio con el responsable político.

Además del mero sentido común, lo anterior se encuentra en la línea de la tesis mantenida por el TC en sus STC 49/1993, de 11 de febrero de 1993 y STC 82/1993, de 8 de marzo recogió en su Fundamento Jurídico 2º, como más adelante se verá.

B) La protección de autoridades

El segundo supuesto recogido en la LOFCS aborda el servicio de protección de autoridades (léase escoltas) que tendrá, necesariamente, que salir del término municipal si así lo hace la autoridad a la que presta su servicio. Requerirá para ello autorización previa del Ministerio del Interior si pretende salir de la Comunidad Autónoma de Aragón o de la correspondiente autoridad de la Comunidad Autónoma (ya que cuenta con cuerpo de policía autonómica aunque sea una Unidad Adscrita (11)), si el traslado de la autoridad, y por ende del Policía Local en funciones de escolta, se va a desarrollar íntegramente en el ámbito territorial de Aragón.

3. Ampliación de supuestos por parte de la legislación autonómica. En especial, el caso de Aragón

A) Las situaciones especiales y urgentes

No obstante y pese a lo visto en el apartado anterior, no siempre las Comunidades Autónomas en sus respectivas leyes de Coordinación de Policías Locales se han limitado a usar el término *emergencia*, que recoge el art. 51.3 LOFCS, sino que también han hecho uso de términos como *necesidad* o *urgencia* que venían a ampliar el presupuesto establecido.

(11) Orden de 21 de diciembre de 2009, del Vicepresidente del Gobierno, por la que se dispone la publicación del Acuerdo de colaboración, entre el Ministerio de Interior y la Comunidad Autónoma de Aragón, en materia policial. Mediante ésta se crea la Unidad Adscrita de la Policía Autonómica de la Comunidad Autónoma de Aragón.

En principio y como ejemplo de dicho exceso, se puede citar el artículo 27.3 Ley 4/1992, de 17 de julio, de Policía del País Vasco que establecía casos de *emergencia* o *necesidad* (12). También, sirva de ejemplo el artículo 3 de la derogada Ley de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares, 10/1988, de 26 de octubre, de Coordinación de Policías Locales, que establecía situaciones de *emergencia*, pero también de *urgencia* (13). Esto hizo que se presentaran los correspondientes recursos de inconstitucionalidad, que dieron como resultado las respectivas Sentencias del Tribunal Constitucional (TC en las siguientes). Así, en la actual y vigente Ley 4/2013, de 17 de julio, de coordinación de las policías locales de las Illes Balears, en su artículo 6 ha desaparecido la expresión *urgencia*.

En concreto, la STC 49/1993, de 11 de febrero, razonó que:

«Según el art. 3 de la Ley 10/1988, “el ámbito de actuación de la Policía Local será el del territorio del municipio al que pertenezca, exceptuando las situaciones de *emergencia*, previo requerimiento de las autoridades competentes, o en las *urgencias*, sin perjuicio de la inmediata comunicación a la citada autoridad”. Hay, por consiguiente, dos supuestos distintos de actuación extra municipal de la Policía Local: las situaciones de emergencia y las de urgencia. Estas segundas no precisarían del requerimiento previo de las autoridades competentes en el territorio en que aquella actuación habría de tener lugar. Frente a esto, el art. 51.3 de la L.O.F.C.S. únicamente contempla como excepción al límite territorial de la referida acción policial el primero de los supuestos señalados, al determinar que los Cuerpos de Policía Local “sólo podrán actuar en el ámbito territorial del municipio respectivo, salvo en situaciones de emergencia y previo requerimiento de las Autoridades competentes”. Excepción, además, cuya mención legal ha de considerarse como exhaustiva respecto de los restantes supuestos imaginables de actuación extraterritorial —dado el terminante tenor literal del precepto (“sólo podrán...”, salvo...”)—, lo que excluye, por voluntad inequívoca del legislador estatal, cualquier otra salvedad, máxime si una y otra situaciones tienen distintos procedimientos de declaración o apreciación que constituyen formas diferenciadas de actuación policial, introduciéndose un supuesto adicional que suprime la exigencia del previo requerimiento de la autoridad competente».

Empero, el TC en su misma STC 49/1993, de 11 de febrero de 1993, matiza que «La *urgencia*, sin duda alguna, es una *emergencia* que no admite

(12) «Los Cuerpos de Policía Local actuarán en el ámbito territorial correspondiente a la entidad local de la que dependan, pudiendo hacerlo fuera del mismo en situaciones de *emergencia* o *necesidad* en que, requeridos para ello por la autoridad competente, estén autorizados por el Alcalde respectivo».

(13) «El ámbito de actuación de la Policía Local será el del territorio del municipio al que pertenezca, exceptuando las situaciones de *emergencia*, previo requerimiento de las autoridades competentes, o en las *urgencias*, sin perjuicio de la inmediata comunicación a la citada autoridad».

dilación salvo el advenimiento de consecuencias que empeorarían la situación. La *urgencia* es mucho más que la simple *emergencia*. Sin embargo, también resulta clara la *sinonimia* de ambos vocablos (*emergencia* y *urgencia*), de modo que la *urgencia* a que se refiere el precepto discutido no violenta ni extralimita la *emergencia*, por lo que no cabe deducir inconstitucionalidad alguna en el art. 3 recurrido».

Igualmente, la STC 82/1993, de 8 de marzo:

«2. El art. 2 de la Ley valenciana 2/1990 contempla la posibilidad de que los Cuerpos de Policía Local, en «situaciones especiales», actúen fuera del ámbito territorial del Municipio respectivo «previa solicitud de las Autoridades competentes en el territorio en que se requiera su actuación» (apartado segundo). Asimismo, establece que, «si en el ejercicio de sus funciones y por razones de urgencia o necesidad, la Policía Local se ve obligada a actuar fuera de su Municipio, ajustará su intervención a los principios de congruencia, oportunidad y proporcionalidad en la utilización de los medios a su alcance. Procurará, en todo caso, que estas actuaciones sean previamente conocidas y autorizadas por sus mandos inmediatos» (apartado tercero). Se prevén, pues, en este precepto, dos supuestos distintos de actuación extramunicipal de la Policía Local: las situaciones «especiales» y las de urgencia o necesidad. Estas segundas no precisarían del requerimiento previo de las autoridades competentes en el territorio en que aquella actuación habría de tener lugar.

Frente a esto, la L.O.F.C.S. únicamente contempla como excepción al límite territorial de la acción policial el supuesto a que alude su art. 51.3, el cual determina que los Cuerpos de Policía Local «sólo podrán actuar en el ámbito territorial del municipio respectivo, salvo en situaciones de emergencia y previo requerimiento de las Autoridades competentes». Además, y según decíamos en la reciente STC 49/1993, dado el tenor literal del precepto («sólo podrán ..., salvo ...») ha de considerarse como exhaustiva respecto de los restantes supuestos imaginables de actuación extraterritorial, lo que excluye, por voluntad inequívoca del legislador estatal, cualquier otra salvedad y, en consecuencia, la situación de «urgencia o necesidad» que, en tanto que claramente diferente de la de «emergencia» prevista en la L.O.F.C.S. (pues una y otra situaciones, aparte de denominaciones diversas, tienen distintos procedimientos de declaración o apreciación que constituyen formas diferenciadas de colaboración interpolicial), configura la Ley autonómica como uno de los citados supuestos.

Siendo ello así, es claro que el apartado 3º del art. 2 de la Ley valenciana 2/1990, al introducir un supuesto de actuación policial extraterritorial distinto y novedoso respecto de la estricta previsión contenida en el art. 51.3 de la L.O.F.C.S., vulnera lo dispuesto en el art. 148.1.22 C.E., en virtud del cual las competencias de las Comunidades Autónomas sobre coordinación de las Policías Locales han de ejercerse en los términos establecidos en dicha Ley Orgánica. Naturalmente, la anterior constatación, referida exclusivamente a la incompetencia de las Cortes Valencianas para regular un tipo de colaboración propio de las situaciones de urgencia o necesidad, *no significa —como también advertíamos en la Sentencia*

citada— que los Agentes policiales de un determinado municipio que se hallaren fuera de su territorio ante una de tales situaciones, y aun cuando no hubiera mediado requerimiento de la autoridad competente, deban inhibirse en la prestación de auxilio o en la realización de las diligencias que procedan según las leyes» (la cursiva es nuestra).

Como puede notarse, el TC hace alarde en esta Sentencia de su potestad de *legislador negativo*, en cuanto que —optando por la interpretación literal— proscribire todo aquello que no se encuentre contemplado en el artículo 51.3 LOFCS, al decir que queda «*excluido*, por voluntad inequívoca del legislador estatal, ..., en tanto que claramente diferente de la *emergencia...*» (14). No obstante ello, y aquí se encuentra lo que resulta sumamente interesante y destacable, como quiera que el TC sabedor que de facto se darán circunstancias que serían incongruentes si se aplica de manera absoluta el citado precepto, se apresura en la parte señalada en cursiva a matizar su propio argumento, rozando la contradicción, al permitir —sin explicar muy bien en qué circunstancias— que los *Agentes policiales* presten el requerido auxilio.

Pero ya hemos indicado que no parece que esa respuesta sea la más correcta si se tiene en cuenta la idiosincrasia de la función policial. Cuando el TC matiza la STC 82/1993, de 8 de marzo, es posible que tuviera presente normativa que le es directamente aplicable a los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de seguridad, como la siguiente:

- El antes aludido artículo 5.4 LOFCS cuando recoge que «deberán llevar a cabo sus funciones con total dedicación, debiendo intervenir siempre, en cualquier tiempo y lugar, se hallaren o no de servicio, en defensa de la Ley y de la seguridad ciudadana».
- Posiblemente también coadyuve a esta idea el artículo 412.3 Código Penal (CP, en adelante), cuando expone que «3. La autoridad o funcionario público que, requerido por un particular a prestar algún auxilio a que venga obligado por razón de su cargo para evitar un delito contra la vida de las personas, se abstuviera de prestarlo, será castigado con la pena de multa de dieciocho a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de tres a seis años».

En definitiva, para el auxilio y colaboración en un accidente, en la persecución de un presunto delincuente *in fraganti*, o de cualquier circunstancia

(14) En la misma línea, BARCELONA LLOP (1997: 365-384) escribió que «Asimismo, hay que tener en cuenta que si el artículo 51.3 LOFCS permite la actuación extramuros del territorio municipal de los Cuerpos de Policía Local “en situaciones de emergencia y previo requerimiento de las Autoridades competentes”, la fórmula legal ha sido interpretada por el Tribunal Constitucional en el sentido que estrictamente se desprende de su tenor».

urgente que necesite del auxilio de un miembro de las fuerzas y cuerpos de seguridad, además de la propia obligación ética que pudiera sentir —que no viene al caso— parece obvio que tiene obligación legal de ejercerla, lo que no obsta en sentido alguno, ni mucho menos es contrario, a que se realice con todas las cautelas posibles y realizando todas aquellas comunicaciones inmediatas que puedan llevarse a cabo respecto de sus superiores jerárquicos, a fin de que estos coordinen la actuación con aquellos que sean competentes territorial o materialmente. Una vez que la actuación se encuentre coordinada y no quedando desasistida persona alguna, los agentes de policía local retornarán al municipio de pertenencia.

En lo que respecta a la LCPLAR, que recuérdese es del año 2013, por tanto posterior a las citadas sentencias del TC, en su artículo 12.1 proclama el límite territorial y añade:

«Los Cuerpos de Policía local actuarán en el ámbito territorial de sus respectivos municipios. No obstante, en situaciones de emergencia o *especiales*, podrán actuar fuera del mismo cuando el alcalde lo autorice, previa solicitud del municipio que lo requiera, sin perjuicio de las tareas de coordinación que correspondan al departamento competente. Cuando ejerzan funciones de protección de autoridades de las corporaciones locales, podrán actuar fuera del territorio municipal respectivo, previa comunicación y autorización de la Administración competente. En estos casos, actuarán bajo la dependencia del alcalde del ayuntamiento que los requiera y bajo el mando del jefe del cuerpo de este municipio» (la cursiva es nuestra).

Puede notarse, como la LCPLAR añade presupuestos que se encuentran fuera de lo estipulado en la LOFCS, al recoger el término *especiales*. No obstante, parece ser utilizado por el legislador autonómico como sinónimo de *emergencia*, pues no podría estar pensando en una urgencia inmediata, ya que la expresión lleva tras de sí e inmediatamente unida la aclaración que «podrán actuar fuera del mismo cuando el alcalde lo autorice, previa solicitud del municipio que lo requiera». Es obvio, que se está pensando en una emergencia que requerirá de celeridad, pero nunca en una urgencia inmediata, pues, además de ser del todo incongruente conlleva una gran dificultad material —sino es prácticamente imposible— si se necesitare para la actuación urgente que «el alcalde lo autorice, previa solicitud del municipio que lo requiera».

Por todo, hemos de concluir que con la legislación orgánica vigente, la referida doctrina del TC y otra reconocida doctrina, el término «*especiales*» recogido en el artículo 12 LCPLAR o se interpreta de manera *absolutamente* sinónima al de *emergencia* y viene a ser una anexión sin más pretensión que aclarar o adornar al principal; o no se ajusta a derecho por haber sido incluido por quien carece de competencia para ello.

B) Acuerdos bilaterales por necesidades estacionales o circunstancias extraordinarias

Otra vía que permite, de distinta manera, que un agente de Policía Local pueda ejercer sus funciones en un municipio que no es al de pertenencia es el previsto en el artículo 12 LCPLAR (15) —en su apartado segundo— que establece que para cuando sea necesario reforzar la dotación de una plantilla, generalmente por motivos estacionales o festivos, se puedan realizar acuerdos bilaterales entre distintos municipios, siempre y cuando la cesión de agentes no perjudique al municipio requerido. Esta opción no se encuentra establecida en la LOFCS, si bien, la LCPLAR no es la única Comunidad Autónoma que recoge este instrumento (16).

Pese a no estar recogido en la LOFCS, no parece que este instrumento contradiga al ordenamiento jurídico. Aunque en puridad está pensando en otros supuestos, alguna base puede encontrarse en el art. 17 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la Función Pública, que versa sobre Movilidad de funcionarios de las distintas Administraciones Públicas:

«1. Con el fin de lograr una mejor utilización de los recursos humanos, los puestos de trabajo de la Administración del Estado y de las Comunidades Autónomas podrán ser cubiertas por funcionarios que pertenezcan a cualquiera de estas Administraciones Públicas, de acuerdo con lo que establezcan las relaciones de puestos de trabajo.

2. Asimismo, los funcionarios de la Administración local, cuando así esté previsto en las relaciones de puestos de trabajo, podrán desempeñar puestos de trabajo en otras Corporaciones locales, en las Administraciones de las Comunidades Autónomas y en la Administración General del Estado en puestos relacionados con las funciones que les competen en materia de Entidades locales.

3. En el marco de los Acuerdos que las Administraciones Públicas suscriban con la finalidad de facilitar la movilidad entre los funcionarios de las mismas, tendrán especial consideración los casos de movilidad geográfica de las funcionarias víctimas de violencia de género.»

(15) Artículo 12.2 LCPLAR: «Eventualmente, cuando, por necesidades estacionales o circunstancias extraordinarias, resulte insuficiente la plantilla de la Policía Local de algún municipio, podrá reforzarse su dotación mediante acuerdos bilaterales suscritos entre los ayuntamientos respectivos, en orden a que sus policías locales puedan actuar en la demarcación territorial del solicitante, por tiempo determinado y en régimen de comisión de servicios, siempre que no afecte al normal funcionamiento del servicio de Policía Local de origen. Estos convenios deberán ser comunicados con anterioridad a su firma al departamento competente. Los servicios se prestarán bajo la dependencia del alcalde del ayuntamiento donde se realicen y bajo el mando del jefe del cuerpo de este municipio».

(16) Artículo 58 Ley de Coordinación de Policías Locales de Andalucía; artículo 16 Ley de Policías Locales de Castilla y León; artículo 28 Ley de la Policía Local de Madrid.

Así, es frecuente que pequeños municipios con fiestas patronales de relevancia o gran afluencia de personas por motivos de ocio (costa, montaña, nieve, etc.), efectúen dichas peticiones a municipios con mayor número de agentes operativos para soslayar su eventual insuficiencia a fin de acometer con garantía las circunstancias que se les presenten. El tiempo de la cesión de los agentes —de la *comisión de servicio*— no puede ser indeterminado, pues deberá encontrarse fijado con anterioridad a su inicio, ya que incluso es requisito la previa comunicación al departamento competente de la Comunidad Autónoma (art. 12.2 LCPLAR). Se encontrarán, así mismo, los agentes en *comisión de servicio* bajo la superior autoridad del Alcalde del municipio receptor y a las órdenes del jefe del Cuerpo de Policía Local del mismo municipio, lo que significa que orgánicamente siguen perteneciendo a su municipio de origen y funcionalmente se deben a aquel en el que prestan el servicio.

No descende la LCPLAR a valorar qué Ayuntamiento será el que retribuya el salario del funcionario, ni qué ocurre en caso de baja laboral del agente cedido. Lo habitual es que sea el Ayuntamiento receptor quién asuma ambas cuestiones y será ese acuerdo bilateral el que establezca ese y otros detalles.

Por tanto, aunque la iniciativa o petición de colaboración para iniciar un acuerdo con otro Ayuntamiento pertenece a aquel que se encuentra necesitado de personal para atender la circunstancia concreta, el Departamento de Política Territorial e Interior de la Comunidad Autónoma de Aragón asume las tareas de coordinación que fueran necesarias. De este modo, consigue a la par conocer el lugar al que se destinan recursos humanos, cuándo y con qué fundamento, lo que es positivo para que se puedan realizar estudios y posteriores propuestas para solucionar los problemas detectados.

C) Otros instrumentos con la misma finalidad

Además de los supuestos analizados, con una finalidad próxima alguna legislación autonómica ha previsto otros instrumentos que responden a un planteamiento radicalmente distinto. En particular, merece especial atención lo previsto en el artículo 23.1 y 2 de la Ley 16/1991, de 10 de julio, de las Policías Locales de Cataluña:

«1. Los municipios que no disponen de policía local pueden establecer convenios de cooperación con el Departamento de Gobernación para que la Policía Autonómica ejerza en su ámbito, además de las funciones que le son propias, las actuaciones concretas y de cooperación correspondientes a las policías locales.

2. Los municipios que disponen de policía local pueden solicitar al Departamento de Gobernación el apoyo de la Policía Autonómica para los servicios temporales o concretos que, debido a su volumen o especialización, no puedan ser asumidos por la respectiva policía local.»

La STC 85/1993 declaró la constitucionalidad de esta previsión. En cualquier caso, a nuestro juicio, este instrumento es menos proactivo con el principio de autonomía local y su aplicación práctica se antoja menos operativa que las anteriores y más llena de dificultades.

IV. EN PARTICULAR, LA POSIBILIDAD DE ASOCIACIÓN DE MUNICIPIOS PARA EJERCER FUNCIONES DE POLICÍA LOCAL

1. Primeras previsiones autonómicas al respecto y la respuesta del Tribunal Constitucional

En las páginas anteriores, se ha expuesto que la LOFCS establece como límite de actuación de la Policía Local el de su respectivo término municipal y también se han analizado las excepciones que la misma ley prevé a dicha regla y las previstas en la legislación aragonesa. No obstante, hemos concluido que esas excepciones son insuficientes y que el marco actual no ofrece una respuesta adecuada a situaciones que de hecho concurren. Hasta el propio TC lo reconoce tácitamente. En particular, nos referimos ahora al problema de los pequeños municipios que —principalmente— por motivos económicos son incapaces de crear y mantener un cuerpo de Policía Local. Para intentar dar una respuesta a este problema, varios legisladores autonómicos previeron en sus respectivas leyes de coordinación la posibilidad de «creación» de cuerpos de Policía Local de carácter supramunicipal. A este respecto, hubo varias SSTC que procedieron a declarar inconstitucional, en las primeras Leyes de Coordinación de Policías Locales creadas, algún precepto relacionado con la posibilidad de asociación de municipios con estos fines.

Por orden cronológico, en primer lugar, la STC 25/1993, de 21 de enero, falló la inconstitucionalidad y nulidad del art. 3.2 de la Ley de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia 5/1988, de 11 de julio, de Coordinación de Policías Locales. El art. 3.2 de esta Ley disponía: «Las entidades locales de ámbito territorial superior al municipio, que lo prevean entre sus fines específicos o que en adelante lo acuerden, podrán crear un Cuerpo de Policía propio».

Arguyó el TC que:

«El aspecto polémico de la cuestión, tal y como aparece planteada, consiste en averiguar a quien corresponde la potestad de crear las «policías locales», según la expresión que utiliza en el lugar oportuno la Constitución...

Ahora bien, esta facultad que se arroga el legislador autonómico no figura, explícita o implícitamente, entre lo que, como propias, le otorga en la materia la Ley estatal marco. Para comprobar tal conclusión no hay sino leer con atención los arts. 38 y 39. ...

En definitiva, parece inducirse de lo expuesto, como criterio sistemático para la interpretación de la norma en tela de juicio, que la posibilidad de contar con policía propia sólo se concede a las que la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen local, clasifica como «entidades locales territoriales» y no a las que, fuera de ese grupo, gozan también de la condición de entidades locales pero tienen un ámbito territorial inferior o superior al municipal (art. 2), distinción que produce un efecto inmediato para configurar el haz de las potestades y prerrogativas de que se les dota en cada caso (art. 4)...

En consecuencia, se ha producido un manifiesto exceso de la competencia de la Región de Murcia en la materia, con infracción del Texto constitucional y de la legislación marco que lo desarrolla, que arrastra la correlativa nulidad del párrafo segundo, art. 3 de la Ley regional 5/1988, de 11 de julio.

La siguiente STC que analizó una cuestión de fondo similar, aunque con relevantes particularidades, fue la STC 49/1993, de 11 de febrero de 1993, que falló la inconstitucionalidad y nulidad de la Disposición adicional primera de la Ley de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares 10/1988, de 26 de octubre, de Coordinación de Policías Locales, que establecía: «Para la prestación en común de los servicios de Policía Local se podrán constituir mancomunidades intermunicipales, de acuerdo con la legislación de régimen local». El TC determinó que:

«Examinando el modo en que la L.O.F.C.S. ha delimitado la competencia enunciada en el art. 148.1.22 de la Constitución —asumida por la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares en virtud del art. 10.4 de su Estatuto de Autonomía—, es de observar que esta competencia como se dice en la STC 25/1993, no comprende facultad alguna para crear o autorizar la creación de Cuerpos de Policía supramunicipales; y aunque la disposición impugnada no habla de la creación de cuerpos sino sólo de la prestación en común de servicios de Policía Local, se ha de llegar a la misma conclusión: la de que la Ley Autonómica se ha excedido en las competencias que la L.O.F.C.S. le permiten».

En la misma línea, la STC 50/1993, de 11 de febrero de 1993, frente al art. 3.1 de la Ley del Principado de Asturias 6/1988, de 5 de diciembre, de Coordinación de Policías Locales; y la STC 52/1993, de 11 de febrero, frente a los arts. 25.4 y 26 de la Ley 4/1992, de 8 de julio, de Coordinación de Policías Locales de la Comunidad de Madrid.

2. La introducción de una nueva Disposición Adicional quinta en la LOFCS y las posibilidades que abre

En el año 2007 se introdujo una disposición en la LOFCS que modificaba el marco normativo. Se llevó a cabo mediante la inclusión en la repetida LOFCS de la Disposición Adicional Quinta, prevista en el *artículo único de la Ley Orgánica 16/2007, de 13 de diciembre, complementaria de la Ley para el*

desarrollo sostenible del medio rural («B.O.E.» de 14 diciembre). El contenido de dicho artículo único declaró que:

«En los supuestos en los que dos o más municipios limítrofes, pertenecientes a una misma Comunidad Autónoma, no dispongan separadamente de recursos suficientes para la prestación de los servicios de policía local, *podrán asociarse para la ejecución de las funciones asignadas a dichas policías en esta Ley*. En todo caso, el acuerdo de colaboración para la prestación de servicios por los Cuerpos de Policía Local dependientes de los respectivos municipios respetará las condiciones que se determinen por el Ministerio del Interior y contará con la *autorización de éste o, en su caso, de la Comunidad Autónoma correspondiente* con arreglo a lo que disponga su respectivo Estatuto de Autonomía» (la cursiva es nuestra).

Esta previsión, de acuerdo con lo que en ella misma se prevé al decir «las condiciones que se determinen por el Ministerio del Interior», ha sido desarrollada reglamentariamente mediante la Orden INT/2944/2010, de 10 de noviembre (17), por la que se determinan las condiciones para la Asociación de Municipios con la finalidad de prestar servicios de Policía Local, de conformidad con lo previsto en la Disposición Adicional Quinta de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

Debe destacarse que la Disposición Adicional Quinta LOFCS no usa el término «*crear*» sino «*asociarse para la ejecución de las funciones asignadas a dichas policías en esta Ley*», lo cual es significativamente distinto a «*crear un cuerpo de Policía Local*». Además, esta Disposición Adicional Quinta no provocó modificación alguna del art. 51 LOFCS (18), que continúa recogiendo que la creación de cuerpos de policía local compete a los municipios (51.1 LOFCS). Esto no es una cuestión baladí, pues abre un nuevo abanico de complicaciones jurídicas. Si en todas las ocasiones evita decir que se *creará* un cuerpo de policía local y lo que se permite es la *prestación de servicios de policía local*, ¿a qué institución jurídica está haciendo referencia esta nueva normativa?

(17) La Disposición final primera de esta Orden aclara que «lo dispuesto en esta Orden se dicta al amparo de la competencia exclusiva del Estado recogida en el artículo 149.1.29.a de la Constitución.» Por tanto, sus previsiones deben ser respetadas por las Comunidades Autónomas.

(18) El art. 51 LOFCS únicamente ha sufrido una modificación, en su punto 3 al que se le añadió un párrafo como consecuencia de Ley Orgánica 1/2003, de 10 de marzo, para la garantía de la democracia en los Ayuntamientos y la seguridad de los Concejales. De esta manera el artículo en su redacción original estuvo vigente desde el 4 abril 1986 hasta el 11 marzo 2003. A partir de esta modificación referida incluye en el referido 51.3: «No obstante, cuando ejerzan funciones de protección de autoridades de las corporaciones locales, podrán actuar fuera del término municipal respectivo, con autorización del Ministerio del Interior o de la correspondiente autoridad de la Comunidad Autónoma que cuente con cuerpo de policía autonómica, cuando desarrollen íntegramente esas actuaciones en el ámbito territorial de dicha Comunidad Autónoma».

Ninguna de las normas estudiadas aclara de manera contundente si los municipios con voluntad de participar en este tipo de asociación, creada *ad hoc* para prestar servicios de Policía Local, han de poseer de antemano un cuerpo de Policía Local. Por tanto, las posibles opciones serían las siguientes:

- Que los municipios asociados deban tener previamente un cuerpo policial propio, aunque sea a todas luces ineficaz por contar con un número *insuficiente* de agentes
- Que no todos los municipios asociados posean cuerpo policial propio (19),
- Crear la Mancomunidad de municipios con dicho fin y posteriormente se crea de conjunto el cuerpo de Policía Local perteneciente a este nuevo ente local.

Esta es una cuestión, estimo, que debería regularse más minuciosamente pues ha quedado excesivamente parca, pudiéndose interpretar —de manera errónea— que sería válida cualquier opción de las planteadas para conseguir el fin asociativo. No obstante, la tercera opción planteada, pese a que materialmente no fuera descabellada, jurídicamente no es posible por lo anteriormente expuesto (ex art. 51.1 LOFCS) (20). Además, como quiera que la Orden INT/2944/2010 permite que la asociación podrá tener un *carácter temporal o estacional*, se debe concluir que cuando se disolviera la asociación creada con esta finalidad, los componentes del Cuerpo de Policía Local pertenecientes a la misma revertirían a prestar sus servicios *de nuevo* en los municipios de pertenencia, lo que ratifica también la tesis mantenida líneas atrás sobre la imposibilidad de creación del Cuerpo de Policía Local por la propia *asociación de municipios*.

3. La previsión de la Ley de Coordinación de Policías Locales de Aragón. Análisis

Desde que se introdujo en la LOFCS la Disposición Adicional Quinta y por tanto la posibilidad de *asociación* de municipios para la prestación conjunta de funciones de Policía Local, cronológicamente la Comunidad Autónoma de

(19) La Disposición adicional quinta de la LOFCS no impide que en la asociación creada de manera expresa para la prestación de los servicios de policía local participen municipios que carezcan de cuerpo policial. Es más, incluso esta situación daría aún más utilidad a este precepto, pues está creado precisamente para los municipios que *no dispongan separadamente de recursos suficientes para la prestación de los servicios de policía local*.

(20) En este sentido, AGUADO I CUDOLÀ (2008: 2451-ss) propone que «debería plantearse el modelo a través de la reforma de la LOFCS que permitiera la creación de Cuerpos de Policía Local asignados a entidades territoriales de carácter intermedio como Comarcas, u otras agrupaciones de Municipios como las áreas metropolitanas».

Aragón ha sido la cuarta (21) Comunidad Autónoma en incluir esta facultad, haciéndolo en el artículo 17 de su Ley de Coordinación de Policías Locales. Analicemos a continuación los elementos esenciales de esta nueva previsión.

A) El instrumento jurídico previsto

El artículo 17 LCPLAR estipula que:

«1. Podrán asociarse, para la ejecución de las funciones asignadas a los Policías Locales en esta ley, dos o más *municipios* limítrofes, pertenecientes todos a la Comunidad Autónoma de Aragón.

Esto se formalizará mediante la constitución de una agrupación para el sostenimiento de personal común, conforme a lo dispuesto en la legislación aplicable, manteniéndose la titularidad y dependencia de los respectivos municipios y dependiendo funcionalmente de la agrupación.

2. La creación de estas agrupaciones requerirá la autorización del departamento competente. A tal efecto, los ayuntamientos le remitirán informe justificativo de las necesidades, proyecto de estatutos, costes y programa de implantación y adecuada prestación del servicio.

3. Los estatutos de la agrupación de municipios incluirán necesariamente lo establecido en la normativa sobre Régimen Local, precisando las funciones y condiciones de prestación del servicio.»

De este artículo cabe destacar que la expresión usada es «podrán asociarse». Si se analiza la LCPLAR, la repetida Disposición Adicional Quinta LOFCS y la Orden INT/2944/2010, se verá que no determinan concretamente cuál debe ser el tipo de fórmula asociativa para que los municipios limítrofes que lo deseen presten el servicio de Policía Local de manera conjunta, como tampoco lo hicieron las anteriores Leyes de Coordinación de Navarra, La Rioja o Islas Baleares. A este respecto, dentro de las diferentes posibilidades existentes, parece que la forma más apropiada para *constitución de la agrupación*—para la prestación conjunta de las funciones de policía local— es la mancomunidad, pues una vez se encuentre creada por la propia voluntad de los *municipios* interesados, tendrá personalidad y capacidad jurídica para el cumplimiento de sus fines específicos, rigiéndose por sus propios Estatutos (art. 44.2. LRBRL).

Se desprende del art. 17 LCPLAR que con el término *sostenimiento* no cabe duda que se refiere al mantenimiento económico, en cuya regulación se precisará el modo o cuantía de participación de cada municipio. Igualmente

(21) El orden de aparición en las Comunidades Autónomas que lo han recogido en su normativa es el siguiente: Ley Foral 8/2007, de 23 de marzo, de las Policías de Navarra; Ley de Coordinación de Policías Locales de La Rioja de 2010 y Ley 4/2013, de 17 de julio, de coordinación de las policías locales de las Islas Baleares y LCPLAR.

recoge que la agrupación de municipios sostendrá el *personal común* que forme la misma, destacando que no usa la locución *miembro de policía local*, por lo que se puede colegir que no todo el personal participe en la asociación necesariamente tendrá que ser *miembro de policía local*, sino que nada impide que un municipio asociado aporte a la *asociación* —como forma de participación— personal administrativo para el desempeño de las funciones burocráticas. No obstante, debe ser esta una cuestión regulada minuciosamente, pues no debe convertirse esta posibilidad en una especie de *puerta trasera* por la que pueda entrar personal con otra categoría —ni siquiera auxiliares (22)— para el desempeño de las funciones de policía local propiamente dichas.

Con respecto a la dependencia del personal, no hay nada que destacar, pues se encuentra regulado de manera acorde al ordenamiento jurídico (23) y al sentido común. Es decir, la dependencia orgánica del personal adscrito continuará perteneciendo al respectivo municipio, si bien, la dependencia funcional o material lo será de la agrupación de municipios.

B) Requisitos de los municipios asociados

- Deben ser necesariamente municipios *límitrofes* según la Disposición Adicional Quinta LOFCS y la propia LCPLAR en su artículo 17.
- Que *pertenezcan a la misma Comunidad Autónoma*. Puede destacarse que si bien de manera general, para la creación de una mancomunidad se permite que los municipios partícipes pudieran pertenecer a distintas comunidades autónomas (art. 44.5 LRBR), cuando sea para la ejecución de las funciones asignadas a la Policía Local deberán pertenecer a la misma.
- Que *no dispongan separadamente de recursos suficientes*. Este no es un requisito establecido de manera expresa en la LCPLAR, aunque podría entenderse explícito en su art. 17.2 cuando para la autorización de esta asociación se establece que los «ayuntamientos le remitirán

(22) Para las funciones específicas de policía local necesariamente ha de tener la condición de tal, pues ni siquiera deben llevarse a cabo por auxiliares de policía, pues la propia LCPLAR, en su Disposición Transitoria Segunda, impide que se creen plazas de este tipo, quedando las que no se puedan equiparar en situación «a extinguir». Vid. DT 2º de la LCPLAR, Equiparación e integración de los auxiliares de policía.

(23) Este precepto recoge la regulación habitual de este tipo de cuestiones, de manera similar a lo previsto para las Unidades Adscritas del Cuerpo Nacional de Policía o cuando un municipio solicita a otro la *comisión de servicio* de uno o varios agentes de policía para solventar alguna eventualidad. En todos estos supuestos, el agente orgánicamente siguen dependiendo de la autoridad a la que pertenece pero funcional y económicamente pasan a depender de aquella a la que se le presta el servicio.

informe justificativo de las *necesidades*» al departamento competente. Entendemos que el término *necesidades* hace referencia fundamentalmente a la disposición económica de los municipios aspirantes, aunque sin descartar otras facetas. También se encuentra recogido expresamente en la Orden INT/2944/2010, de 10 de noviembre, en su artículo 2.b (24).

- La citada Orden establece también en su art. 2.c) un límite cuantitativo —de 40.000 habitantes— que no puede ser superado en el cómputo de todos los municipios que pretendan asociarse. Quizá este punto deba ser objeto de reproche y por tanto de reforma. Si bien la LOFCS y la LCPLAR no establecen un número máximo de municipios participantes en una asociación creada para este fin, con la limitación del número de habitantes se está limitando indirectamente. Así, puede ocurrir que queden fuera de la asociación pequeños municipios por excederse esta cifra entre los que pretenden asociarse, pese a detentar cada uno de ellos un número pequeño de vecinos. Esto nos sitúa de nuevo en la problemática original, pues se vuelve a dejar sin solución la existente atomización de cuerpos policiales de reducido número de miembros en su plantilla que poca garantía de eficacia real brindan.

C) Requisitos procedimentales

Según el tenor de la Disposición Adicional Quinta LOFCS respecto a la concesión de dicha autorización, explicita que debe ser concedida por el «Ministerio del Interior o, en su caso, de la Comunidad Autónoma correspondiente con arreglo a lo que disponga su respectivo Estatuto de Autonomía». Concretando esta previsión legal, la Orden INT/2944/2010, de 10 de noviembre, dispone en su Disposición Final Primera que «corresponderá autorizar el acuerdo de colaboración previsto en esta Orden a las Comunidades Autónomas que hayan asumido en sus Estatutos de Autonomía competencias para la protección de personas y bienes y para el mantenimiento del orden público.» Esto es, la legislación estatal hace depender la competencia autonómica para la autorización al hecho de que esa Comunidad Autónoma haya asumido competencias para la protección de personas y bienes y para el mantenimiento del orden público.

Con estos presupuestos, el art. 17.2 LCPLAR dispone que «la creación de estas agrupaciones requerirá la autorización del departamento competente (25)». Esto es, atribuye la competencia a un órgano autonómico. Para

(24) Artículo 2.b) Orden INT/2944/2010, de 10 de noviembre: «No disponer separadamente de recursos suficientes para la prestación de servicios de policía local».

(25) En la actualidad, el Departamento de Política Territorial e Interior.

analizar la corrección de esa previsión legal, debemos tener en cuenta dos recientes sentencias del Tribunal Constitucional:

- i. La Sentencia del Tribunal Constitucional 172/2013, de 10 de octubre de 2013, en la que declara nulo el artículo 5.1 de la Ley 5/2010, de 14 de mayo, de coordinación de policías locales de La Rioja (LCPLRi en las siguientes) y
- ii. La Sentencia del Tribunal Constitucional 86/2014, de 29 de mayo de 2014 que —entre otros— declara la *nulidad de los preceptos legales autonómicos que establecen límites de población para la prestación mancomunada por los municipios de los servicios policiales* (art. 49.1 de la Ley del Parlamento Vasco 15/2012, de 28 de junio).

En lo que respecta al apartado i), el artículo 5.1 LCPLRi recoge que:

«Podrán asociarse dos o más municipios limítrofes para la ejecución de las funciones asignadas a la Policía Local, ya sea a través de Auxiliares de Policía como a través de Cuerpo de Policía Local.

La Consejería competente en materia de interior autorizará la creación de estas asociaciones. A tal efecto, los Ayuntamientos remitirán a la Consejería informe justificativo de las necesidades, proyecto de estatutos, costes y programa de implantación y adecuada prestación del servicio. Asimismo se solicitará informe a la Comisión de Coordinación de Policías Locales».

La referida STC 172/2013, de 10 de octubre 2013, argumenta en su FJ 3º *in fine* que:

«Para que una Comunidad Autónoma pueda autorizar el acuerdo de colaboración entre municipios limítrofes para la prestación de servicios de policía local (siempre dentro del respeto a las condiciones fijadas por Estado para tal colaboración intermunicipal) resulta necesario que esa Comunidad Autónoma haya asumido en su Estatuto de Autonomía competencias en materia de protección de personas y bienes y de mantenimiento del orden público; es decir, en materia de «seguridad pública». Tal autorización no puede, por tanto, encuadrarse en la competencia de coordinación de policías locales asumida estatutariamente conforme a lo previsto en el art. 148.1.22 CE».

Continúa la misma STC 172/2013, en su fundamento jurídico 4º, motivando que:

«El Estatuto de Autonomía de La Rioja (art. 8.1.36) solo atribuye competencia a esta Comunidad Autónoma, en el marco de lo previsto en el art. 148.1.22 CE, para la «vigilancia y protección de los edificios e instalaciones de la propia Comunidad y la coordinación de las policías locales de La Rioja»; no ha asumido pues competencias en materia de protección de personas y bienes y de mantenimiento del orden público.

En consecuencia, las competencias de la Comunidad Autónoma de La Rioja en relación con las policías locales de los municipios de su territorio son estrictamente de coordinación. Debe limitarse a establecer principios y mecanismos coordinadores entre estas policías. Queda excluida en virtud de la Ley Orgánica de fuerzas y cuerpos de seguridad no solo la creación de policías locales supramunicipales, como ya ha tenido ocasión de precisar nuestra doctrina (SSTC 25/1993, FJ 1 y 81/1993, FJ 3), sino también la autorización de los acuerdos de colaboración o asociación entre municipios limítrofes para la prestación de servicios de policía local, al carecer la Comunidad Autónoma de La Rioja de competencias en materia de seguridad pública».

Es decir, el TC mantiene que dado que la Comunidad Autónoma de La Rioja no ha recogido en su Estatuto de Autonomía la competencia en materia de *«protección de personas y bienes y de mantenimiento del orden público»*, sino que se ha limitado a asumir la posibilidad de *«coordinación»* sobre las Policías Locales, se debe entender que ésta sola previsión no subsume la potestad —recogida en la LCPLRi— de *«asociarse dos o más municipios limítrofes para la ejecución de las funciones asignadas a la Policía Local»*, como tampoco que *«la Consejería competente en materia de interior autorizará la creación de estas asociaciones»*.

Por su parte, en lo concerniente al apartado ii), el artículo 49.1 de la Ley del Parlamento Vasco 15/2012, de 28 de junio, de ordenación del sistema de seguridad pública de Euskadi estipula que:

«Los municipios vascos limítrofes podrán asociarse, previa autorización del departamento competente en seguridad pública, para la prestación de servicios policiales cuando no dispongan separadamente de recursos suficientes, ninguno de los asociados tenga más de 20.000 habitantes o en conjunto no sumen más de 50.000 habitantes, y respeten el resto de condiciones que se determinen reglamentariamente.»

El FJ 6 *in fine* de la referida STC 86/2014, de 29 de mayo de 2014, concluye:

«Lo anterior determina que la atribución de la autorización de los acuerdos de colaboración al «departamento competente en seguridad pública», sea conforme al orden constitucional de distribución de competencias, en la medida en que ya hemos comprobado que la disposición adicional quinta LOFCS establece que esa autorización sea otorgada por «la Comunidad Autónoma correspondiente con arreglo a lo que disponga su respectivo Estatuto de Autonomía» y el artículo 17 EAPV reconoce a la Comunidad Autónoma, en los términos que venimos examinando, competencias en materia de protección de personas y bienes y de mantenimiento del orden público. Por el contrario, el inciso «ninguno de los asociados tenga más de 20.000 habitantes o en conjunto no sumen más de 50.000 habitantes, y respeten el resto de condiciones que se determinen reglamentariamente», vulnera las

competencias del Estado, único al que corresponde determinar los requisitos que han de cumplir estos acuerdos de asociación, y es, por tanto, inconstitucional y nulo».

Ciertamente, la Comunidad Autónoma de Aragón no ha asumido expresamente en su Estatuto de Autonomía una competencia en materia de protección de personas y bienes y de mantenimiento del orden público. No obstante, a nuestro juicio, las STC 172/2013 y STC 86/2014 no deberían afectar a la LCPLAR dado que —como se dijo— la Comunidad Autónoma de Aragón ha asumido dicha competencia de manera genérica en el artículo 76.1 de su Estatuto de Autonomía que antes se reprodujo. Por tanto, debe entenderse que al arrogarse la competencia de crear una policía propia se está asumiendo adecuadamente la potestad en «*protección de personas y bienes y de mantenimiento del orden público*», lo que viene a salvar la carencia que el TC ha observado en el Estatuto de Autonomía de La Rioja al sentenciar que «*resulta necesario que esa Comunidad Autónoma haya asumido en su Estatuto de Autonomía competencias en materia de protección de personas y bienes y de mantenimiento del orden público; es decir, en materia de “seguridad pública”*» (26).

D) Necesidad de un detallado Estatuto de la Mancomunidad para la prestación del servicio de Policía Local

La regulación existente no ha aclarado suficientemente cómo se designará la alcaldía que ostente la Jefatura del servicio de Policía Local, cómo se dispondrán las cuotas de poder o de disposición sobre el cuerpo de Policía Local por cada uno de los municipios asociados, o el sistema o porcentaje de participación en los recursos necesarios para el mantenimiento de dicho servicio, habiéndose preocupado el legislador sólo de mencionar que no podrá *incrementar el gasto sobre el Estado* (27).

En la práctica podrá resultar ciertamente problemático la designación del Jefe orgánico del servicio de Policía Local perteneciente a la Asociación de Municipios. La Ley objeto de análisis debía haber establecido en su articulado, al menos, el marco de la forma en la que se debería proceder para designar de sendas jefaturas del servicio policial, es decir, la alcaldía (órgano unipersonal que deber ostentar la máxima autoridad y representación), y el jefe de policía propiamente dicho.

(26) Debe tenerse en cuenta que el Estatuto de Autonomía de La Rioja no prevé la creación de un cuerpo policial propio.

(27) Disposición adicional segunda, Orden INT/2944/2010, de 10 de noviembre. Financiación de la asociación. Lo dispuesto en la presente Orden *no implicará coste alguno para la Administración General del Estado*, asumiendo los respectivos municipios los eventuales costes derivados de la asociación.

Respecto al desempeño sustantivo de las funciones de Policía Local, estimamos que una vez cumplidos todos los requisitos y asumida la gestión efectiva de los distintos cuerpos de Policía Local por la asociación de municipios, sus funciones son exactamente las mismas que las de cualquier cuerpo de Policía Local perteneciente a un único municipio de la Comunidad Autónoma de Aragón. En esta línea lo estipula el redundante —por innecesario— artículo 5 de la Orden INT/2944/2010, en el siguiente sentido:

«Régimen y competencia de las policías locales de la asociación.»

Los componentes que integren el servicio de policía local constituido por una asociación de municipios, se someterán a los mismos principios básicos de actuación, tendrán el mismo régimen estatutario y asumirán las mismas funciones que las asignadas por el ordenamiento jurídico vigente a las policías locales.»

Obsérvese que el texto de la Orden recoge la expresión *«el servicio de policía local constituido por una asociación»*, lo que —en la línea que se viene manteniendo— ratifica que la asociación no crea un cuerpo de policía local, sino que constituye un servicio de policía local que surgirá de los cuerpos de Policía Local existentes en cada municipio partícipe.

Igualmente enuncia *«los componentes que integren el servicio de policía local»*, con lo que se debe entender que necesariamente han de tener la condición de policías locales. Al menos aquellos que presten las funciones específicas de Policía Local, pues páginas atrás se ha mantenido que el servicio de policía local de una asociación también podrá estar constituido por personal de carácter administrativo para realizar aquellas funciones burocráticas que no requieran de la condición de agente de la autoridad.

Por motivos obvios, resultará muy importante el modo en el que se deba llevar a cabo la distribución sustantiva y concreta tanto de los agentes de servicio como de sus hojas de ruta, pues, si no se abordan meticulosamente estos pormenores se podrá incurrir en un improcedente y poco deseable desequilibrio.

Estos y otros aspectos deberán regularse —con detalle— en el Estatuto de la Mancomunidad y serán acordados no por los municipios propiamente dichos, sino por los órganos de gobierno de la misma, pues así se desprende del artículo 44.2 LRBRL al estipular que:

«Las mancomunidades tienen personalidad y capacidad jurídicas para el cumplimiento de sus fines específicos y se rigen por sus Estatutos propios. Los Estatutos han de regular el ámbito territorial de la entidad, su objeto y competencia, órganos de gobierno y recursos, plazos de duración y cuantos otros extremos sean necesarios para su funcionamiento.»

En todo caso, los órganos de gobierno serán representativos de los ayuntamientos mancomunados.»

V. CONCLUSIÓN

Pese a los múltiples obstáculos e incertidumbres jurídicas que hemos analizado y que puede presentar la creación de una mancomunidad de municipios para la prestación de un servicio de policía local, en la creencia de la viabilidad y utilidad de esta opción, se comparte la opinión mantenida por BARCELONA LLOP (2002: 20) que escribe que «...además de clarificar lo que las policías locales pueden hacer en los grandes núcleos de población, el futuro de este segmento de la organización de la seguridad pública pasa por ahí, por permitir la prestación mancomunada del servicio al menos en las Comunidades Autónomas que no disponen de fuerzas propias y siempre y cuando los municipios lo acuerden voluntariamente». Ello, insiste el mismo autor (2003: 63), porque «manteniendo siempre, como es obvio, una relación de proporcionalidad entre habitantes y policías. Sería contraproducente, cuando menos por artificial, multiplicar el número de funcionarios para justificar la existencia de un cuerpo municipal sin que las necesidades reales —que en buena medida dependen de las cifras de población— lo justifiquen». De este modo, por motivos de eficiencia, economía y sentido común cobra fuerza la opción de la asociación o mancomunidad de municipios para prestar el servicio de Policía Local.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- AGUADO I CUDOLÀ, Vicenç (2008): «Las competencias en materia de seguridad pública y privada, armas y explosivos», en *Comentarios a la Constitución Española*, Dir. CASAS BAAMONDE y RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, Madrid, Ed. Fundación Wolters Kluwer, pp. 2448-2453.
- BARCELONA LLOP, Javier (1997a): *Policía y Constitución*, Madrid, Tecnos.
- (1997b): «Policías locales y competencias municipales en materia de seguridad y política», *Revista española de Derecho Administrativo*, núm. 95, pp. 365-384.
 - (2002): «La administración de la seguridad ciudadana: selección de problemas a comienzos del siglo XXI», XIV Seminario Duque de Ahumada (www.uned.es/fac-dere/duque_ahumada/14/ponencias_XIV_seminario/7_JAVIER%20BARCELONA%20LLOP.pdf).
 - (2003): «La ordenación jurídica de las policías locales en España: una visión de conjunto», en BARCELONA LLOP (Coordinador) *Régimen de la policía local en el derecho estatal y autonómico*, Zaragoza, Ed., BOSCH, pp. 17-64.
- CARRO FERNÁNDEZ, José Luis (1990): «Sobre los conceptos de orden público, seguridad ciudadana y seguridad pública», *RVAP*, núm. 27, pp. 9-26.

- DE LA MORENA Y DE LA MORENA, Luis (1986): «*La seguridad pública como concepto jurídico indeterminado: su concreta aplicación a los traspasos de servicios en materia de espectáculos públicos*», *RAP*, núm. 109, enero-abril, pp. 321-361.
- (1987): «*Los conceptos de orden público y de seguridad ciudadana en la reciente Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y su incidencia sobre las Policías Autonómicas y Municipal*», *REALA*, núm. 234, pp. 289-313.
- GIL, Tomás (2000): «*Los modelos policiales ante la calidad y la eficacia*», en ESCOLÁ, M.B., *Eficacia y sistemas de calidad en la policía*, Bilbao, Ed. Instituto Superior de Estudios de la Gobernabilidad y la Seguridad – Ertzainen Nazional Elkartasuna, pp. 51-67.
- GUILLEN I LASIERRA, Francesc (1993): «*La competencia autonómica sobre coordinación de las policías locales a la luz de la reciente jurisprudencia constitucional*», en *Autonomies. Revista Catalana de Derecho Público*, especial «El régimen jurídico de las administraciones públicas», n° 16, julio, pp. 177-196.
- IZQUIERDO CARRASCO, Manuel (2008): «*Competencias en materia de seguridad pública y penitenciaria. (Comentario al art. 67)*», en *Comentarios al Estatuto de Autonomía de Andalucía*, Dir. MUÑOZ MACHADO, S., y REBOLLO PUIG, M., Navarra, Ed. Aranzadi, pp. 635-ss.
- IZU BELLOSO, Miguel José (1988): «*Los conceptos de orden público y seguridad ciudadana tras la Constitución de 1978*», *REDA*, núm. 58, pp. 244, 246, 247 y 252.
- JAR COUSELO, Gonzalo (2000: in totum): *Modelos comparados de policía*, Madrid, Ministerios del Interior y Dykinson.
- PAREJO ALFONSO, Luciano y DROMI, Roberto (2001): *Seguridad Pública y Derecho Administrativo*, Buenos Aires-Madrid, Ciudad Argentina-Marcial Pons, pp. 44-59.
- REDACCIÓN, «*Nace la nueva ley de policías locales con duras críticas de los profesionales*», *Diario Heraldo de Aragón*, viernes 13 de septiembre de 2013, p. 6.

ORGANIZACIÓN Y FUNCIONAMIENTO DE LA CÁMARA DE CUENTAS DE ARAGÓN (*)

FERNANDO GURREA BAYONA

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.– II. LA CCAr EN EL ESTATUTO DE AUTONOMÍA Y SU ENCUADRE CONSTITUCIONAL: 1. El Estatuto de Autonomía de 1982 y sus tres reformas. 2. La Cámara de Cuentas y su definitiva institucionalización. 3. El Tribunal de Cuentas y las cámaras de cuentas autonómicas.– III. NATURALEZA, FUNCIONES Y ÁMBITO DE ACTUACIÓN DE LA CCAr: 1. Idiosincrasia, esencia y condición del órgano. 2. La fiscalización externa. 3. Otras funciones.– IV. COMPOSICIÓN Y ORGANIZACIÓN DE LA CCAr: 1. Estatuto de sus miembros. 2. El Presidente, la Secretaría General y el Consejo. 3. Personal y régimen económico-patrimonial.– V. ALGUNAS CONCLUSIONES Y APUNTES DE FUTURO EN EL CONTROL DE LOS RECURSOS PÚBLICOS.– VI. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: En las sociedades democráticas es una necesidad el control de la gestión y de las políticas públicas de las Administraciones. Las entidades fiscalizadoras superiores juegan un papel trascendental en esta tarea. El presente trabajo estudia la Cámara de Cuentas de Aragón, desde una perspectiva general, exponiendo su previsión en el Estatuto de Autonomía de Aragón, la naturaleza y ámbito de actuación que posee, su composición, organización y funciones. Se describen las actuaciones realizadas y se apuntan posibles líneas de trabajo futuro.

Palabras clave: órgano de control externo; principios constitucionales en relación con el gasto público; rendición de cuentas; control del gasto.

ABSTRACT: Today is a necessity the control of the management and the public policies in the Public Administrations. Therefore, the Superior Audit Institutions play a transcendental role in this task. This work gives on the Regional Audit Office of Aragon an overall perspective, exposing his existence in the Statute of Autonomy of Aragon, the nature and area of action that it possesses, his composition and organization and functions. Finally, the undertaken reports are described and there are planned a few lines of forecast of future actions.

Key words: external audit body; constitutional principles in relation with the public expenditure; account statements; control of expenditure.

(*) Trabajo recibido en esta REVISTA el 13 de julio de 2015 y evaluado favorablemente para su publicación el 24 de septiembre de 2015.

*A Antonio Laguarda Laguarda, a Ignacio Barquero Solanes
y a todo el personal al servicio de la CCAr, con mi gratitud.*

I. INTRODUCCIÓN (2)

El tema al que se dedica el Trabajo de Fin de Grado es la organización y funcionamiento de la Cámara de Cuentas de Aragón, un intento de análisis y estudio de la misión encomendada por el legislador a la CCAr (3). La CE de 1978 reconoce y garantiza a las CCAA el ejercicio de su autonomía financiera. La creación de la CCAr supone incorporar a las instituciones de autogobierno de la CAAr un órgano esencial para su ejercicio. Se suma así a otras CCAA que han regulado órganos de control externo de las cuentas públicas, dotados de naturaleza jurídica y unas funciones, en sus respectivos ámbitos de actuación, similares a las asignadas por la Carta Magna al Tribunal de Cuentas.

La CAAr se incorpora con este tipo de decisiones a los sistemas de administración moderna y contemporánea que propugnan como valores fundamentales la *transparencia y la rendición de cuentas* ante la ciudadanía, muy especialmente al amparo de las normativas ISSAI y de la UE a la que pertenecemos (4). También puede entroncarse con *precedentes históricos*, a través

(2) AGE: Administración General del Estado. AALL: Administraciones Locales. BOA: Boletín Oficial de Aragón. BOCAr: Boletín Oficial de las Cortes de Aragón. CA: Comunidad Autónoma. CCAA: Comunidades Autónomas. CAAr: Comunidad Autónoma de Aragón. CAR: Cortes de Aragón. CCAr: Cámara de Cuentas de Aragón. CORA: Comisión para la reforma de las Administraciones Públicas. DGA: Diputación General de Aragón-Gobierno de Aragón. EAR: Estatuto de Autonomía de Aragón. ISSAI: Normas Internacionales de las Entidades Fiscalizadoras Superiores. LCCAr: Ley de la Cámara de Cuentas de Aragón. LFTCu: Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas. LOTCu: Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas. LOFCA: Ley Orgánica de Financiación de las Comunidades Autónomas. OCDE: Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos. OCEX: Órgano de Control Externo. ROFCCAr: Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Cámara de Cuentas de Aragón. TCUE: Tribunal de Cuentas de la Unión Europea. TCu: Tribunal de Cuentas. TRLHL: Texto Refundido de la Ley reguladora de las Haciendas Locales. TSJAR: Tribunal Superior de Justicia de Aragón. UE: Unión Europea.

(3) El presente Trabajo Fin de Grado se defendió en la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza el 22 de junio de 2015 habiendo obtenido la calificación de Matrícula de Honor. Para su publicación se suprime del apartado de referencias la normativa y jurisprudencia consultada, las páginas electrónicas de interés así como el anexo documental que contiene todo lo actuado por la Cámara de Cuentas desde su creación hasta la fecha de terminación del trabajo, el pasado 23 de abril. Fue director académico el Dr. D. Ismael Jiménez Compaired y Presidente del Tribunal Evaluador el Dr. D. Joaquín Álvarez Martínez.

(4) Normas Internacionales desarrolladas por la Organización Internacional de entidades fiscalizadoras superiores. Página web <www.camarcuentasaragon.es/> (a. 2-04-2015). La adaptación de las ISSAI ha consistido, básicamente, en revisar la traducción oficial acomodándola a la terminología más habitualmente utilizada en nuestras instituciones y a la empleada en otros documentos de normalización de técnicas auditoras.

de la figura del Maestre Racional, institución procedente de la Administración siciliana, que fue introducida en Aragón por Pedro III en 1283 y afianzada por Jaime II en 1293 (5). No obstante, la Revolución francesa y la aparición del Estado Moderno anclarán el sentido de estas funciones en otros parámetros más racionales de justicia y control del poder público.

La razón de elección del tema y su interés reside en la reciente novedad de la puesta en funcionamiento de la CCAr y la importante acción desempeñada por la misma en la vida de las instituciones aragonesas en estos últimos cuatro años. Su actividad está resultando de especial interés en el funcionamiento del entramado institucional de la CCAr.

La metodología seguida en el desarrollo del trabajo procura tener especial cuidado en la elección del léxico para que, con la mayor precisión posible, se den a conocer las funciones encomendadas y desarrolladas por el órgano analizado. Su reciente creación, y corta existencia, nos ha permitido el acceso y alcance al contenido de toda la obra hasta ahora realizada, lo que con el apoyo de la doctrina y la jurisprudencia nos ha facilitado su estudio y comprensión. Además, el privilegio de haber podido formar parte del primer grupo de alumnos de la Facultad de Derecho de la UZ que han realizado el *Prácticum* en la Cámara, añade un conjunto de experiencias y vivencias transmitidas por el equipo de profesionales al servicio del órgano, difícilmente repetibles, que auxilian, en gran medida, al entendimiento de la labor por ellos realizada.

II. LA CCAr EN EL ESTATUTO DE AUTONOMÍA Y SU ENCUADRE CONSTITUCIONAL

El EAr de 2007 encomienda a la CCAr la función de ser el órgano fiscalizador de la gestión económico-financiera, contable y operativa del sector público de la CCAr. Su creación definitiva se lleva a cabo por la *Ley aragonesa 11/2009*, fruto de una *proposición de Ley* presentada por los GGPP: Socialista, Popular, Partido Aragonés, Chunta Aragonesista y la agrupación parlamentaria Izquierda Unida de Aragón —GP Mixto—, que fue *aprobada por unanimidad*. Con su puesta en funcionamiento la CCAr se suma al conjunto de OCEX autonómicos existentes, reforzando así el *control del gasto público* de conformidad con lo dispuesto en la CE.

(5) Se entronca con el precedente de los órganos de control externo de cuentas a través de la figura del Maestre Racional. A pesar de ser, en origen, una institución única para toda la Corona de Aragón, probablemente en el siglo XV se creara una similar en cada uno de los reinos, puesto que en el siglo XVII todavía consta su existencia en el Reino de Aragón. A la institución del Maestre Racional le correspondía la administración del patrimonio real como interventor general de ingresos y gastos, en un intento de impulsar la racionalización de la estructura político-administrativa de la Corona.

1. El Estatuto de Autonomía de 1982 y sus tres reformas

En el EAr de 1982 y sus reformas de 1994 y 1997 no aparece nada más que la habilitación a las Cortes de Aragón para que mediante una ley se regulen las normas de organización y procedimiento para asegurar la rendición de cuentas de la CA. Todo ello sin perjuicio del control que corresponde al TCu (6). La Ley 10/2001 creó la Cámara de Cuentas de Aragón. Sin embargo, «*la labor de fiscalización externa de la gestión económico-financiera, contable y operativa del sector público de Aragón*» reflejada en la Ley de creación de la CCAr no llegó nunca a iniciarse (7).

Habrà que esperar hasta la aprobación de la LO 5/2007, de reforma del Estatuto de Autonomía, para que la Cámara tenga reflejo y anclaje estatutario. El art. 112 EAr, de los calificados como de última generación, configura la CCAr como órgano fiscalizador de la gestión económica-financiera, contable y operativa del sector público de la Comunidad Autónoma, dependiente directamente de las Cortes de Aragón. Se prevé en el apartado tercero del citado precepto una ley de Cortes de Aragón para regular su composición, organización y funciones (8).

La sesión de las CAr de 30 de diciembre de 2009 aprobó, por unanimidad, la Ley 11/2009, de la Cámara de Cuentas de Aragón. Posteriormente, por Acuerdo de 17 de diciembre de 2010, de la Mesa y Junta de Portavoces de las Cortes de Aragón, se aprobó el *Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Cámara* (9).

(6) V. Ley Orgánica 8/1982, de 10 de agosto, de Estatuto de Autonomía de Aragón (BOA núm. 28, de 16 agosto y BOE núm. 195, de 16 de agosto). Ley Orgánica 6/1994, de 24 de marzo, de reforma del Estatuto de Autonomía de Aragón (BOA núm. 42, de 6 abril y BOE núm. 72, de 25 de marzo). Ley Orgánica 5/1996, de 30 de diciembre, de Reforma de la Ley Orgánica 8/1982, de 10 de agosto, de Estatuto de Autonomía de Aragón, modificada por la Ley Orgánica 6/1994, de 24 de marzo, de reforma de dicho Estatuto (BOA núm. 2, de 8 de enero de 1997 y BOE núm. 315, de 31 de diciembre).

(7) V. Ley 10/2001, de 18 de junio, de creación de la Cámara de Cuentas de Aragón (BOA núm. 76, de 27 de junio).

(8) V. Ley Orgánica 5/2007, de 20 de abril, de reforma del Estatuto de Autonomía de Aragón (BOA núm. 47, de 23 de abril y BOE núm. 97, de 23 de abril).

(9) V. Ley 11/2009, de 30 de diciembre, de la Cámara de Cuentas de Aragón (BOA núm. 253, de 31 de diciembre). Y Acuerdo, de 17 de diciembre de 2010, de la Mesa y la Junta de Portavoces de las Cortes de Aragón por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Cámara de Cuentas de Aragón (BOA núm. 13, de 20 de enero de 2011).

2. La Cámara de Cuentas y su definitiva institucionalización

La creación de la CCAr supone incorporar a las instituciones de autogobierno de la CA un órgano esencial para el ejercicio de la *autonomía financiera* que la CE de 1978 reconoce y garantiza. Con dicha Ley, la CA se sumaba a otras CCAA que han regulado órganos de control externo de las cuentas públicas, dotados de una naturaleza jurídica y unas funciones, en sus respectivos ámbitos de actuación, similares a las asignadas por la Constitución al Tribunal de Cuentas. La CCAr, con relevancia estatutaria, dota a la CA de un órgano especializado de control de los poderes públicos de Aragón, caracterizado por la plena *independencia* en el ejercicio de sus funciones, con respecto a las Administraciones públicas y demás entidades, en general, sujetas a su labor de fiscalización.

En este sentido, la Cámara depende directamente de las Cortes de Aragón y ejerce sus funciones por delegación de éstas. Se configura como un órgano colegiado, integrado por tres miembros, para dotarlo de una mayor pluralidad y objetividad en su toma de decisiones.

La Ley reguladora define su naturaleza jurídica como la del órgano técnico al que le corresponde la fiscalización externa de la gestión *económico-financiera, contable y operativa del sector público* de Aragón. Delimita su ámbito de actuación, *subjetivo y objetivo*, y relaciona sus funciones y competencias. Detalla su función fiscalizadora, el programa anual de fiscalización, el contenido y la finalidad de dicha función, el procedimiento de sus actuaciones, cuyo resultado se plasmará en los informes definitivos que deberán ser remitidos a las Cortes de Aragón y al Tribunal de Cuentas, y serán objeto de publicación oficial, así como la elaboración de una Memoria anual sobre la cual habrán de pronunciarse las Cortes de Aragón. Fija su composición, el estatuto personal de sus miembros y la duración de su mandato. Establece como órganos de la misma el Consejo y el Presidente, la Secretaría General y determinadas normas de funcionamiento y atribuciones. Regula el régimen económico, patrimonial, de contratación y de personal que, con carácter general, será el mismo que rija para las Cortes de Aragón. Por último, las disposiciones adicionales de esta Ley prevén directrices de técnica normativa, un plazo para la constitución de la CCAr, que se incumplió, la aprobación de su Reglamento de Organización y Funcionamiento y de las cuentas pendientes de pronunciamiento. En las disposiciones transitorias se señalan, entre otras cuestiones, las primeras cuentas a fiscalizar del sector público de Aragón.

La creación de la CCAr responde a la necesidad de *potenciar el control de la actividad financiera* en el ámbito autonómico, vinculada a la creciente ampliación competencial, y constituye, al mismo tiempo, un paso significativo en el desarrollo del autogobierno, mediante el pleno autocontrol y la transparencia contable.

3. El Tribunal de Cuentas y las cámaras de cuentas autonómicas

La CE en su art. 136 configura al Tribunal de Cuentas como «*el supremo órgano fiscalizador de las cuentas y de la gestión económica del Estado, así como del sector público*». Se incluye, también, al sector público autonómico y local. Se produce de esta manera una *conurrencia de competencias* de dos entes fiscalizadores sobre el sector público aragonés. Una realidad similar se produce en las otras once CCAA españolas en la que existe un OCEX autonómico, aunque su denominación varíe (10).

Actualmente, no se cuestiona la legalidad y legitimación de los OCEX autonómicos para realizar la fiscalización de los entes que integran sus respectivos sectores públicos autonómico y local, aunque el informe CORA proponga la supresión de estos órganos por razones de *duplicidad administrativa* y no por razones de legalidad o constitucionalidad (11). Se ha cuestionado la competencia de los OCEX autonómicos, en relación a sus funciones fiscalizadoras y su posible duplicidad con la atribución originaria realizada por la CE a favor del TCu. La LOTCu en su art. 1.2 posibilita que las CCAA tengan sus propios órganos externos de control de Cuentas. En la misma línea, la LFTCu dispone en su art. 29 que los OCEX autonómicos «*coordinarán su actividad con la del Tribunal de Cuentas mediante el establecimiento de criterios y técnicas comunes de fiscalización que garanticen la mayor eficacia en los resultados y eviten duplicidad en las actuaciones fiscalizadoras*». Finalmente mencionemos que la LOFCA y los Estatutos de Autonomía de varias CCAA establecen similares disposiciones.

En cuanto al sector público local es necesario acudir a la interpretación del Tribunal Constitucional dada en las SSTC 187/1988 y 18/1991 (12), que resolvieron recursos de inconstitucionalidad contra determinados preceptos de leyes de los Parlamentos de Cataluña y Galicia, respectivamente. El alto Tribunal abordó las cuestiones de la asunción de funciones de *enjuiciamiento por responsabilidad contable* de los OCEX autonómicos, y la atribución de com-

(10) Cámara de Comptos de Navarra, Sindicatura de Comptes de Catalunya, Sindicatura de Comptes de la Comunitat Valenciana, Consello de Contas de Galicia, Tribunal Vasco de Cuentas Públicas, Cámara de Cuentas de Andalucía, Audiencia de Cuentas de Canarias, Sindicatura de Cuentas Castilla-La Mancha (suprimida por Ley castellano manchega 1/2014, de 24 de abril), Cámara de Cuentas de Madrid, Sindicatura de Comptes Illes Balears, Consejo de Cuentas de Castilla y León y Sindicatura del Principado de Asturias —citadas en orden cronológico de constitución—. Tras todas ellas se constituyó la Cámara de Cuentas de Aragón.

(11) Informe de la CORA para la reforma de las AAPP, de 21 junio 2013, e informes anuales de seguimiento, de diciembre de 2013 y diciembre 2014. Página web <www.seap.minhap.gob.es/> (a. 13-03-2015).

(12) STC núm. 187/1988 de 17 octubre. (BOE núm. 217, suplemento de 7 de noviembre). STC núm. 18/1991, de 31 enero (BOE núm. 48, suplemento de 25 de febrero).

petencias de fiscalización de las Corporaciones locales a los mismos órganos. Sobre ambas materias se pronuncia dejando suficientemente clara la constitucionalidad de la fiscalización realizada por los OCEX sobre las entidades locales de sus respectivos territorios. El TC no excluye la creación de órganos fiscalizadores de cuentas por los EEAA. En sus funciones determina que el enjuiciamiento contable, como actividad de carácter jurisdiccional, queda en manos del TCu, salvo que delegue estas competencias para la *instrucción* de estos procedimientos. En materia de CCLL se trata de un control concreto que no coloca a dichas entidades en una posición de subordinación o dependencia jerárquica, ya que forma parte del contenido de la tutela financiera, que no excluye la fiscalización del TCu. «Cabe concluir, pues, que el TCu es supremo, pero no único, cuando fiscaliza, y único, pero no supremo cuando enjuicia la responsabilidad contable» (FJ 2º de la STC 18/1991).

Es obligatorio describir la relación de leal *cooperación, colaboración y coordinación* existente entre el TCu y la CCAr, para asegurar que las fiscalizaciones de las entidades locales que realizan no producen duplicidades ni disfuncionalidades. Entre las medidas y actuaciones adoptadas de coordinación merecen destacar las siguientes: a) *reuniones* con periodicidad semestral entre los Presidentes de los OCEX y el Presidente del TCu; b) la *comisión de coordinación* de CCAA del TCu y los OCEX; c) la existencia de una *comisión de coordinación* en el ámbito local a la que asisten consejeros de dichas instituciones; d) la constitución y funcionamiento de la *comisión de normas y procedimientos* de fiscalización; e) la implantación de una única *plataforma telemática* de rendición de cuentas de las entidades locales con destino simultáneo al TCu y a la CCAr suscrita en 2011; f) la adenda de 2013 para la remisión de las *relaciones anuales de contratos* de las entidades locales a través de la plataforma telemática; g) creación y funcionamiento del *portal ciudadano*; h) la realización de *fiscalizaciones lideradas por el TCu* y en las que participa la CCAr; e i) el *intercambio de informaciones* diversas en las fiscalizaciones realizadas por una u otra institución.

Todas estas medidas tienden a evitar duplicidades innecesarias o disfuncionalidades que serían contrarias a los criterios establecidos en el art. 31.2 CE de *eficiencia y economía*. (13) El resultado de estas actuaciones de coordinación y colaboración no ha producido ninguna duplicidad, sino más bien un beneficio mutuo en el desarrollo de sus respectivas tareas.

(13) Art. 31.2 CE «El gasto público realizará una asignación equitativa de los recursos públicos, y su programación y ejecución responderán a los criterios de eficiencia y economía».

III. NATURALEZA, FUNCIONES Y ÁMBITO DE ACTUACIÓN DE LA CCAR

La CCAR depende orgánicamente de las Cortes de Aragón y actúa, para el cumplimiento de sus fines, con *independencia funcional* y *plena capacidad de gestión*. Por delegación de las CAr realiza el examen y comprobación de la *Cuenta General* de la CA (14). Emite los *dictámenes* y resuelve las *consultas* que, en materia de contabilidad pública y gestión económico-financiera, le soliciten los entes que integren el sector público de Aragón y *fiscaliza los procesos de privatización* de las empresas y servicios públicos, si los hubiere, comprobando además la legalidad y la transparencia de los mismos. Aprueba cada año un *programa de fiscalización*, de cuya ejecución pueda derivarse un juicio suficiente sobre la calidad y regularización de la gestión económico-financiera, contable y operativa del sector público de la CAAr (15).

1. Idiosincrasia, esencia y condición del órgano

Las instituciones de control externo desempeñan un papel irremplazable en los sistemas democráticos. Asisten al poder legislativo en su labor de fiscalización del ejecutivo en un terreno clave como es el de la actividad presupuestaria y con ello contribuyen de forma esencial al juego de equilibrio de poderes y al control de los gobernantes por los ciudadanos. Su labor es la de asistir al legislativo autonómico en su tarea de control de la gestión y ejecución del presupuesto. Llevan a cabo el control de las cuentas, examinan la legalidad y regularidad de las transacciones, verifican la adecuación de las operaciones presupuestarias a la normativa europea, estatal y autonómica aplicable, controlan la buena gestión financiera, examinando hasta qué punto los programas presupuestarios de las AAPP alcanzan los objetivos previstos y analizan el coste en que se incurre.

Las CCAA conforme a lo dispuesto en el artículo 148.1.1º de la CE disponen de la atribución de poder asumir competencias en la organización de sus instituciones de autogobierno, dentro de lo cual encaja la materia relativa al control de sus presupuestos. La LOFCA en su art. 22, en relación con el art. 153 d) CE, reitera que el control económico y presupuestario de la actividad financiera de las CCAA corresponde realizarlo al TCu, además

(14) V. JIMÉNEZ COMPAIRD, I. (2008: p.144 y ss.): «Economía y hacienda en el Estatuto de Autonomía de Aragón de 2007», en *La financiación autonómica en los estatutos de autonomía*, Pita, et al., Civitas.

(15) V. art. 112 EAR; arts. 1; 2; 3; 5; 6 y 7 LCCAr y arts. 1; 3; 7-9; 31-38; 39 y 42 ROFCCAR.

de los diferentes sistemas e instituciones de control que pudieran adoptar las CCAA en sus respectivos Estatutos.

La CCAr es un órgano de *relevancia estatutaria*, lo que pone de relieve la importancia que el legislador ha querido dar a esta institución como garante de la transparencia y rigor en la gestión de los fondos públicos y en la rendición de las cuentas públicas. El control que realiza es *externo*, en contraposición al control *interno* que realiza la Intervención de la propia entidad fiscalizada. La diferencia entre uno y otro tipo de control es la *dependencia jerárquica*. Mientras que la CCAr no tiene dependencia y es independiente de la entidad que supervisa, la Intervención, está integrada en la estructura de la entidad fiscalizada (16). Bien es cierto que actúa con autonomía funcional, ejercicio desconcentrado y procedimiento contradictorio, ejerciéndose con plena autonomía respecto de las autoridades y demás entidades cuya gestión sea objeto de control.

La CCAr es un órgano técnico, que emite un *informe* o *dictamen*, para que las Cortes o el órgano político correspondiente emitan su *juicio político*. La Cámara depende orgánicamente de las CAR. Esta dependencia del legislativo es lo habitual en los países de nuestro entorno; así ocurre con el Tribunal de Cuentas en relación a las Cortes Generales y con los demás OCEX autonómicos y sus respectivos Parlamentos territoriales. Su adscripción orgánica e incardinación al poder legislativo tiene una doble fundamentación: por un lado es una forma de reforzamiento y protección de la CCAr frente al poder ejecutivo, autonómico o local, para evitar posibles injerencias de las entidades a las que debe fiscalizar; por otro lado es un *complemento y apoyo a la labor de control* de la acción del ejecutivo que corresponde a las Cortes, quienes de este modo cuentan con un órgano técnico de control económico-financiero que dispone de una cualificación en estas materias.

Los resultados de las fiscalizaciones realizadas por la CCAr se plasman en los correspondientes *informes*, que son pronunciamientos *definitivos* y *no pueden ser corregidos ni modificados por las instituciones fiscalizadas*, a diferencia de lo que ocurre con los reparos formulados por las Intervenciones internas, en los que, en caso de discrepancia con el órgano gestor, corresponde al órgano de gobierno de la entidad resolver la discrepancia (17).

(16) Sirva por todas las funciones interventoras de las distintas AAPP la cita del art. 3 del RD 2188/1995, de 28 de diciembre, por el que se desarrolla el régimen de control interno ejercido por la Intervención General de la Administración del Estado (BOE núm. 22, de 25 enero de 1996) y los arts. 15 y 16 y Título III del Decreto Legislativo 1/2000, de 29 de junio, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Hacienda de la Comunidad Autónoma de Aragón (BOA núm. 77, de 30 de junio).

(17) V. en la AGE el art.16 del RD 2188/1995, de 28 de diciembre, por el que se desarrolla el régimen de control interno ejercido por la Intervención General de la Adminis-

La *independencia funcional* de la Cámara se ve reforzada por la plena capacidad de gestión que le reconoce su Ley y Reglamento regulador, sirva como ejemplo que (18): a) *El mandato* de los miembros de la CCAr —elegidos por las Cortes— tiene una duración fija de seis años, independiente de los periodos legislativos; se puede cesar anticipadamente, pero por causas dependientes de la voluntad de la persona cesada o con unas garantías que luego se verán; b) *El nombramiento del Personal* al servicio de la Cámara de Cuentas se realiza por su Presidente; c) El *Programa anual de fiscalización* de la Cámara de Cuentas se aprueba por su Consejo, previa consulta a las Cortes, para que expresen sus prioridades, que son vinculantes para la Cámara; d) La *iniciativa* en el ejercicio de la función fiscalizadora corresponde a las Cortes y a la propia Cámara de Cuentas; e) Las *Directrices Técnicas* a que deben sujetarse los procedimientos de fiscalización y los criterios que han de presidir su actuación en el ejercicio de la función fiscalizadora son aprobados por el Consejo de la Cámara; f) *El proyecto de presupuesto* de la institución se aprueba por su Consejo.

2. La fiscalización externa

La CCAr tiene encomendadas en su Ley y Reglamento: a) función *fiscalizadora*; b) función *consultiva*; c) funciones *delegadas* del TCu; d) funciones *delegadas* por el TCUE; e) funciones en procesos de *privatización*. Todas ellas son aplicables al *sector público* aragonés. No obstante, puede afirmarse que la *función fiscalizadora* es la función primordial que desempeña la institución. De hecho es la que absorbe la mayor parte de su dedicación y de los recursos que dispone (19).

La función fiscalizadora tiene por finalidad evaluar el sometimiento de la gestión del sector público a los principios de legalidad, eficiencia y economía y se desarrolla en relación con los programas de ingresos y gastos públicos (20). Se proyecta en particular sobre: a) los *créditos* extraordinarios, suplementos, incorporaciones, ampliaciones, transferencias y demás modificaciones de los

tración del Estado (BOE núm. 22, de 25 de enero de 1996); en la CAAr art. 74 del Decreto Legislativo 1/2000, de 29 de junio, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Hacienda de la Comunidad Autónoma de Aragón (BOA núm. 77, de 30 de junio); en las AALL el art. 217 TRLHL (BOE núm. 59, de 09 de marzo de 2004).

(18) V. para cada uno de los apartados que se citan los siguientes preceptos de la LCCAr: a) art. 16.2; b) art. 24.1. c; c) art. 5; d) art. 8.1; e) art. 23.a) y f) art. 23.c.

(19) V. LCCAr en su art. 3 y ROFCCAr en sus arts. 7 a 45.

(20) V. CUBILLO RODRÍGUEZ, C. (2011: p. 618): «El control externo de las subvenciones y ayudas públicas: Fiscalización y enjuiciamiento por parte del tribunal de cuentas y otros órganos de control externo», en *Derecho de las subvenciones y ayudas públicas*, Garcés (coord.), Aranzadi.

créditos presupuestarios iniciales; b) la situación y variaciones *patrimoniales* de los entes integrantes del sector público; c) los *contratos*, cualquiera que sea su naturaleza, de acuerdo con lo dispuesto en la legislación de contratos del sector público; d) la concesión y aplicación de las *ayudas* otorgadas por los entes integrantes del sector público a personas físicas o jurídicas, incluidas las exenciones y bonificaciones fiscales; e) la *contabilidad electoral* en los términos previstos por su legislación (21).

El ámbito subjetivo al que extiende su actuación es el sector público de Aragón. La expresión «sector público» es utilizada frecuentemente en las leyes, no siempre con el mismo significado. No es un concepto unívoco, sino que posee distintas acepciones y alcance, según los casos (22).

La LCCAr lo delimita en su artículo 2 incluyendo en el mismo: a) la Administración y los organismos públicos de la CAAr; b) las entidades locales de Aragón y sus organismos públicos; c) los organismos, consorcios, empresas, fundaciones, asociaciones y demás entidades con personalidad jurídica propia en los que entidades integrantes del sector público participen, directa o indirectamente, mayoritariamente en su capital, dotación fundacional, en la constitución de sus recursos propios, financien mayoritariamente sus actividades, o tengan capacidad de nombramiento de más de la mitad de los miembros de los órganos de dirección, administración o control; d) aquellas entidades y organismos públicos no incluidos en los hasta ahora citados, que tengan a su cargo la gestión o manejo de fondos públicos.

Le corresponde la fiscalización de la totalidad de los fondos públicos gestionados por el sector público de Aragón, así como las *subvenciones*, *créditos*, *avales* u otras percibidas por personas físicas o jurídicas. Estamos ante un amplio ámbito de actuación que alcanza no sólo a personas jurídicas *públicas* sino también *privadas*, ya sean físicas o jurídicas.

La *fiscalización* comprende la llamada fiscalización de *regularidad* —financiera y de legalidad—, y la fiscalización *operativa* —eficacia, eficiencia y economía—, suponiendo tres niveles de fiscalización (23): a) *financiera*: corresponde revisar y verificar si las cuentas generales presentadas por las entidades reflejan la imagen fiel de la situación económica y de lo que ha sido la gestión económico financiera de cada entidad; b) control de *legalidad*: si las actuaciones económico-financieras de los gestores se ajustaron a Dere-

(21) V. art.6 LCCAr.

(22) V. LAGUARTA LAGUARTA, A. (2013: p. 418 y ss.): «La fiscalización del sector público local aragonés por la Cámara de Cuentas de Aragón», en *Anuario aragonés del gobierno local*, núm. 5.

(23) V. Principios y Normas de la Auditoría del Sector Público. Comisión de Coordinación de los Órganos Públicos de Control Externo del Estado Español. Fuente: <www.acuentascanarias.org> [a. 21-02-15].

cho en sus diversas actuaciones u operaciones; c) fiscalización *operativa*: se verifica si la gestión del ente fiscalizado se ajustó a los principios de eficacia, eficiencia y economía.

La LCCAr alude al *programa anual de fiscalización*, el cual debe ser aprobado por el Consejo de la CCAr anualmente, debiendo derivarse de la ejecución del mismo un juicio suficiente sobre la calidad y regularización de la gestión económica-financiera, contable y operativa del sector público (24). Debe consultar, de manera preceptiva y con carácter previo a la aprobación definitiva del referido programa anual, a las CAr, a fin de que éstas expresen las *prioridades* que, a su juicio, pueden existir en el ejercicio de la función fiscalizadora. Prioridades que son *vinculantes* para la Cámara, poniendo así de relieve la vinculación de esta última respecto a las CAr. En lo que concierne al *procedimiento* a seguir en materia de fiscalización, la iniciativa en este punto se atribuye a un doble órgano: a) a las CAr, a requerimiento del Pleno; y b) a la propia CCAr, de acuerdo con su programa anual de fiscalización. (25)

La CCAr deberá *notificar* la *iniciación de las actuaciones* correspondientes a las Administraciones, organismos y demás entidades que vayan a ser objeto de fiscalización, pudiendo recabar de éstos, así como del conjunto de los entes sometidos a su control, la documentación e información que estime conveniente. En el caso de que *no sean proporcionados* o se produzca cualquier clase de *obstrucción* que impida o dificulte el ejercicio de sus funciones, la Cámara deberá poner en conocimiento de las CAr dicha circunstancia, proponiendo en su caso, a quien corresponda, la exigencia de las responsabilidades en que pudiera haberse incurrido (26).

La comprobación de la *Cuenta General de la CAAr*, así como de las Cuentas de los demás entes integrantes del sector público aragonés constituye el aspecto esencial en el contenido de la función fiscalizadora de la CCAr. Se establecen determinados *plazos* en los que deben remitir las referidas Cuentas. La *Cuenta General de la CAAr*, antes del 30 de junio inmediato posterior al ejercicio económico que se refiera. Las correspondientes a las CCLL, antes del 15 de octubre inmediato posterior al ejercicio económico que se refieran y las *restantes*, en el plazo señalado por la Cámara en su programa anual de fiscalización.

Los resultados se exponen por medio de los *informes* que se elevan a las CAr y se publican en el BOA, sin perjuicio de que también se ponga en conocimiento, cuando así proceda, de los plenos de las CCLL. Deben constar en los informes de fiscalización cuantas *infracciones, abusos* o *prácticas irre-*

(24) V. Art. 5.1 LCCAr.

(25) V. art. 8.1 LCCAr.

(26) V. art. 9 LCCAr.

gulares se hayan observado. Estos informes pueden dar lugar a la incoación, por el órgano que corresponda, de *procedimientos* administrativos o procesos jurisdiccionales para exigir responsabilidades jurídicas por la incorrecta gestión de los fondos públicos.

Cada actuación fiscalizadora se expone con la emisión del respectivo *informe definitivo*. No obstante, antes de ello, la Cámara otorga un plazo de 30 días naturales para que el ente fiscalizado pueda realizar *alegaciones* al informe provisional. El plazo podrá ser prorrogable, si media justa causa, por un periodo idéntico como máximo. Realizado el trámite anterior, se expondrán las actuaciones de fiscalización en el correspondiente informe definitivo, debiendo constar en el mismo la observancia de la *legalidad* reguladora de la actividad económico-financiera del sector público y de los *principios contables* aplicables. El grado de cumplimiento de los *objetivos previstos* y si la gestión se ha ajustado a los criterios de eficacia, eficiencia y economía. La existencia, en su caso, de *infracciones*, *abusos* o *prácticas irregulares*. Asimismo, las medidas que, en su caso, se proponen para la *mejora de la gestión* económico-financiera y operativa de las entidades fiscalizadas, y las *alegaciones* y *manifestaciones* que hayan sido formuladas por las entidades fiscalizadas y no hubieran sido aceptadas por la CCAr.

La Ley no fija un plazo para emitir los informes definitivos, salvo en relación con la Cuenta General de la CCAr, donde la Cámara dispone de un plazo de *seis meses*. El Reglamento si lo hace, de forma general, estableciéndolo en *seis meses* desde la fecha de la completa presentación de las cuentas generales o desde el inicio del informe de fiscalización (27). Los informes definitivos se elevan a las CAr y se remiten al TCu. Dicha remisión también se realiza al Gobierno de Aragón o a cualquiera de las CCLL aragonesas cuando los mencionados informes se refieren a su gestión económico-financiera.

Si la CCAr en el desempeño de su función fiscalizadora advierte la existencia de indicios de una hipotética *responsabilidad* contable o penal, debe dar traslado de tal circunstancia al TCu y a la Fiscalía del TSJAr, para que, en su caso, procedan a su enjuiciamiento.

3. Otras funciones

Entre ellas se encuentra la *consultiva* (28) que consiste en la emisión de *dictámenes* y *resoluciones* de las consultas que, en materia de *contabilidad pública* y *gestión económico-financiera* y *operativa*, le soliciten los entes que integran el sector público aragonés. Las Cortes de Aragón pueden requerir el

(27) V. art. 10.5 LCCAr y art. 36 ROFCCA.

(28) V. art. 3.1 b) LCCAr y arts. 39 a 41 ROFCCA.

asesoramiento de la CCAr respecto de iniciativas legislativas cuyo contenido verse sobre las materias citadas. En la Ley y en el Reglamento se han establecido tanto los *sujetos legitimados para solicitar el asesoramiento* como los requisitos previos a la solicitud. Sólo son admitidas las consultas efectuadas por el Gobierno de Aragón, el Pleno del ente local o del superior órgano de gobierno del resto de entes del sector público. Y, además, el *objeto de la consulta* debe ser bien precisado y acompañado de todos los *antecedentes*, documentos o informes pertinentes para poder pronunciarse sobre la cuestión planteada.

En lo que respecta al ejercicio de *funciones delegadas* del TCu y del TCUE, la aceptación de la delegación es *voluntaria* y debe ser aprobada por el Consejo de la Cámara de Cuentas. Por ejemplo, en lo que concierne a la función fiscalizadora, la CCAr viene realizando tareas recibidas por el TCu, cooperando y colaborando en fiscalizaciones incluidas en Programas de fiscalización del TCu. De esta forma hay una leal colaboración, cooperación y coordinación entre los órganos de control externo estatal y autonómicos, evitando duplicidades. La relación entre el TCu y los OCEX ha venido a ser reconducida a unos términos de *colaboración y coordinación* entre ambos, circunstancia ésta que aparece reflejada, en lo básico, en el art. 29 LOTCu. El citado precepto contempla la coordinación de éstos para establecer criterios y técnicas comunes de fiscalización para una mayor eficacia de los resultados. Fruto de ello han sido los *Convenios* de colaboración alcanzados —continuando así la colaboración iniciada en el año 1995—, y la revista *Auditoría Pública* que es otra línea básica de actuación para los OCEX, sirviendo de foro para poner en común las distintas experiencias e iniciativas en materia de control externo.

En lo que respecta a la *delegación de funciones* en el procedimiento de enjuiciamiento por responsabilidad contable, cabe mencionar que constituye ejercicio de función jurisdiccional, es decir, de distinta naturaleza que la fiscalizadora. La jurisdicción contable está atribuida al TCu de manera exclusiva y plena (29). Cabe, sin embargo, la posibilidad de delegación de funciones del TCu a los OCEX aunque solamente sea en fase de instrucción (30). No obstante, no se ha producido, por el momento, ninguna delegación a favor de la CCAr.

La función de fiscalización de los *procesos de privatización* supone que la Cámara puede realizar en los procesos de privatización de empresas y servicios pertenecientes al sector público de Aragón la fiscalización, velando especialmente por el cumplimiento de la legalidad y la transparencia (31).

(29) V. art. 17.1 LOTCu.

(30) V. art. 26.3 LOTCu, art. 3.2 LCCAr y art. 42.2 ROFCCAr.

(31) V. art. 3.1 c) LCCAr y art. 45 ROFCCAr.

La Cámara realiza una *Memoria anual* en la que se recogen las actuaciones realizadas por la institución. Ésta deberá ser remitida por el Consejo de la CCAr a las Cortes de Aragón a lo largo del primer trimestre del año para su tramitación. La Memoria debe publicarse en el BOA y BOCAR, así como las resoluciones que se adopten en relación a la misma.

IV. COMPOSICIÓN Y ORGANIZACIÓN DE LA CCAr

La institución analizada cuenta con la composición y organización diseñada por el legislador autonómico. En la Ley se encuentra ampliamente regulado el *estatuto personal de sus miembros*, también los órganos de los que se compone la CCAr que son el Consejo, el Presidente y la Secretaría General. Además establece su *régimen* de funcionamiento, así como el del *personal* que asiste a la CCAr y el régimen económico-patrimonial que le es de aplicación.

1. Estatuto de sus miembros

La CCAr se configura como un órgano colegiado, integrado por tres miembros, cuyo *estatuto personal* viene regulado en la Ley, estableciéndose las causas de *inelegibilidad*, *elección*, *nombramiento* y *duración de su mandato*, régimen de *incompatibilidades*, y cese de los mismos (32).

Los miembros de la CCAr deberán ser personas que estén en posesión de *título académico superior con más de diez años de experiencia* profesional relacionada con el ámbito funcional de la misma. Para poder ser elegidos cuentan con la limitación de no haber sido *miembros del Gobierno* de Aragón en los *dos años inmediatamente anteriores* a su nombramiento. También alcanza su *inelegibilidad* a quienes en los dos años inmediatamente anteriores hayan sido *Altos Cargos* de la administración aragonesa como Viceconsejero, Interventor General o Director General de Presupuestos o de Tributos.

Son nombrados por el *Presidente de las Cortes* de Aragón, entre los candidatos propuestos por los GGPP (33). Su nombramiento, mediante *resolución*,

(32) V. Arts. 15 a 19 LCCAr y arts. 46 a 71 ROFCCAr.

(33) Reglamento de las Cortes de Aragón (BOCAR núm. 124, de 30 de junio de 1997) Art. 213. «1. Cuando un precepto legal atribuya a las Cortes la elección o la propuesta de nombramiento de personas para cargos distintos de los señalados en este Título, se realizará en la forma que proponga la Mesa de la Cámara, de acuerdo con la Junta de Portavoces, y acepte el Pleno. 2. Si se hubiera de realizar una elección directa por el Pleno, sin exigencia de mayoría cualificada, la propuesta de la Mesa, de acuerdo con la Junta de Portavoces, deberá contener una fórmula de sufragio restringido, en función del número de nombramientos a realizar y de la composición de la Cámara».

se publica en el BOCAr y en el BOA (34). Prometen o juran el cargo, como todas autoridades públicas, en este caso ante la *Mesa y Junta de Portavoces* (35) de las CAr en el plazo de quince días a partir de la publicación oficial del nombramiento. Éste, como en todos los casos de altos cargos y función pública, surte efectos desde el día de la toma de posesión (36). Reciben la denominación de «*Consejeros de Cuentas*» y gozan del honor o distinción de tratamiento como «*excelentísimo*» (37).

Los Consejeros de Cuentas son *designados* para un periodo de *seis años*, pudiendo ser *reelegidos*. Nada dice la Ley si es por un sólo mandato o varios, si bien el Reglamento especifica que puede ser por *otro u otros periodos iguales*. En el supuesto de cese de alguno de los Consejeros, antes de la conclusión de su mandato, la designación del nuevo miembro *se limitará al tiempo que faltase* para completar el periodo de seis años para el que fue elegido el cesado (38).

Los miembros de la CCAr están sujetos al régimen de *incompatibilidades* de los Altos Cargos de la CAAr (39). La Ley de la Cámara especifica, además, que serán incompatibles con cualquier mandato representativo popular en

(34) El Pleno de las CAr celebrado el 20 de mayo de 2010 eligió a los primeros Consejeros de la CCAr; Antonio LAGUARTA LAGUARTA, Alfonso PEÑA OCHOA y José Luis SAZ CASADO. La elección, que se realizó mediante votación secreta y por papeletas, se efectuó sobre una lista única donde figuraban, por orden alfabético, los candidatos propuestos. Los tres Consejeros obtuvieron 61 votos a favor —PP, PSOE y PAR—, frente a 5 abstenciones —CHA e IU—, por lo que superaron el respaldo mínimo establecido por el procedimiento que se fijó en el apoyo de las tres quintas partes del hemiciclo. Los tres miembros electos fueron propuestos por los siguientes GGPP: LAGUARTA por el PAR, PEÑA por el PSOE y SAZ por el PP.

(35) Tomaron posesión el 10 de julio de 2010 superándose el límite del plazo establecido en la Disp. Ad. 2ª de la LCCAr, tanto para la elección como para el nombramiento.

(36) El Pleno de las CAr celebrado el 23 y 24 de febrero de 2012 nombró a Luis RUFAS DE BENITO como Consejero de la CCAr en sustitución de José Luis SAZ CASADO, que había sido anteriormente nombrado Consejero de Hacienda y Administración Pública del Gobierno de Aragón.

(37) Estos tratamientos resultan anacrónicos en la sociedad actual, fueron suprimidos para la AGE por Acuerdo del CM de 18 de febrero de 2005, por el que se aprueba el «*Código de buen gobierno de los miembros del Gobierno y de los Altos Cargos de la AGE*». Establece en su punto tercero, apartado 8, que el tratamiento oficial de carácter protocolario de los miembros del Gobierno y de los Altos Cargos será el de señor/señora seguido de la denominación del cargo, empleo o rango correspondiente. Permanecen en vigor los tratamientos del siglo XIX en los premios, distinciones y honores del Estado otorgados a los ciudadanos, y en el ámbito de las CCAA y CCLL para sus miembros de Gobierno y sus Altos Cargos.

(38) V. Art. 55.5 ROFCCAr.

(39) Disp. Ad. 5ª y arts. 31 a 36 de la Ley 2/2009, de 11 de mayo, del Presidente y del Gobierno de Aragón (BOA núm. 93, de 19 de mayo). En ellas se establece la dedicación exclusiva, la formulación de declaración patrimonial y de actividades económicas ante la Mesa de las Cortes, una serie de limitaciones patrimoniales en participaciones societarias, y las actividades públicas y privadas que son compatibles con el desempeño de su cargo.

la AGE, CCAA y CCLL; con órganos constitucionales y estatutarios, además de serlo con organismos, consorcios, empresas, fundaciones, asociaciones y demás entidades públicas y empresas participadas cualquiera que sea su forma jurídica; con funciones directivas o ejecutivas en partidos políticos, sindicatos, asociaciones empresariales, o en colegios profesionales, y con el ejercicio de su profesión o de cualquier otra actividad remunerada. Se permite la *compatibilidad* con las actividades de creación literaria, artística, científica o técnica o las publicaciones que de ellas se deriven, así como la colaboración o asistencia ocasional como ponente en congresos, seminarios, jornadas o cursos de carácter profesional o docente. Igualmente es compatible con la participación en actividades no remuneradas de organizaciones culturales, sociales, no gubernamentales o benéficas sin ánimo de lucro.

Tiene encomendado el examen sobre incompatibilidades la *Comisión de Reglamento y Estatuto de los Diputados* de las CAr, que elevará al Pleno de la Cámara su propuesta motivada sobre compatibilidad o incompatibilidad de los Consejeros de Cuentas en el plazo de quince días desde la fecha de toma de posesión de sus cargos. El Pleno deberá apreciar, en su caso, por *mayoría de tres quintos* la existencia de alguna incompatibilidad para que el Consejero afectado disponga de ocho días hábiles para *optar* entre el citado puesto o el cargo incompatible. Si no ejercita esta acción se entenderá que renuncia a la condición de Consejero de Cuentas iniciándose el procedimiento para la elección de uno nuevo. Además, deberán formular una *declaración de sus bienes patrimoniales y actividades e intereses* que les proporcionen o puedan proporcionar ingresos económicos ante la propia CCAr en el plazo de tres meses desde su toma de posesión y, en el mismo plazo, cuando cesen en sus funciones.

Los Consejeros tienen el deber de *abstención y recusación* previsto en la legislación general (40) y se abstendrán de la fiscalización de actos o expedientes en los que, por cualquier cargo o actividad, hayan intervenido con anterioridad a su designación. El Consejo resolverá los incidentes de abstención o recusación designando, en su caso, a otro Consejero de Cuentas para la fiscalización del acto o expediente concreto afectado.

En cuanto al régimen funcional, los Consejeros gozan de *independencia e inamovilidad*, actúan de acuerdo con los principios de *imparcialidad, objetividad y dignidad*, guardando *secreto* de sus deliberaciones, *sigilo y reserva* de los asuntos que conozcan por razones de su cargo. Disponen de los *derechos*

(40) V. Arts. 28 y 29 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo común (BOE núm. 285, de 27 de noviembre; rect. BOE núm. 311, de 28 de diciembre, y núm. 23, de 27 de enero, de 1993).

económicos incluidos en los Presupuestos de la CAAr y su nombramiento, en su caso, supone el pase a la situación de *servicios especiales*.

Incurren en *responsabilidad* por incumplimiento de los deberes que les impone la Ley de la Cámara y su Reglamento. Entre ellos, se encuentra la inasistencia sin justificación, no guardar secreto, incumplir el deber de abstención o vulnerar el régimen general de incompatibilidades.

Su cese se produce por las causas habituales establecidas en la legislación: renuncia, expiración del plazo, incompatibilidad, condena, fallecimiento, incapacidad e inhabilitación. Más adelante aparece el incumplimiento de los deberes, con un procedimiento especial.

Dirigen las actuaciones de control externo asignadas, elevan el *informe provisional y definitivo* de las fiscalizaciones, pueden solicitar *convocatoria* del Consejo, proponen *contrataciones* y gastos, y *normas y directrices técnicas* de fiscalización, acuerdan *prórroga* de alegaciones, dan cuenta de la posible existencia de *indicios de responsabilidad* contable, penal o administrativa y ejercen potestad disciplinaria.

2. El Presidente, la Secretaría General y el Consejo

El Presidente cuenta con las atribuciones de *representar* ante cualquier instancia a la CCAr, *convocar y presidir* el Consejo, ejercer la *jefatura* superior del personal y las funciones relativas a su nombramiento y contratación, *asignar las tareas* a desarrollar de acuerdo con el programa de fiscalizaciones, *dirigir* los servicios técnicos y administrativos de la Cámara, *autorizar y disponer del gasto*, ordenar los pagos y autorizar los documentos de formalización de ingresos. *Notifica y certifica* todos los informes que se realicen por la Cámara, *comparece* ante las Cortes para la aclaración de los informes remitidos y autoriza con su firma todas las certificaciones que se expidan. Sus decisiones adoptan la forma de resoluciones y sus actos sujetos al Derecho administrativo *agotan la vía administrativa* (41).

Para la *elección del Presidente* se reunirá el Consejo con la asistencia de la totalidad de los consejeros, en sesión que deberá celebrarse en el plazo de los cinco días hábiles siguientes al de su nombramiento bajo la presidencia del de *mayor edad*. La elección de éste, en *votación secreta*, requerirá la *mayoría*

(41) V. en <http://ecomisiones.cortesaragon.es/> (a .22-03-2015) las relaciones de comparecencias del Presidente de la CCAr y el objeto de las mismas habidas durante la VIII Legislatura en la Comisión Institucional y de Desarrollo Estatutario. Se detallan también los asuntos pendientes de tramitación en la misma en el momento de la disolución de la VIII Legislatura producida por el Decreto de 30 de marzo de 2015, de la Presidenta de Aragón, por la que se convocan elecciones a las Cortes de Aragón (BOA núm. 62, de 31 de marzo de 2015).

absoluta de los miembros de la Cámara. Si realizadas dos votaciones ninguno de los consejeros obtiene mayoría absoluta, será elegido Presidente el Consejero que hubiera obtenido *mayor número de votos* en la sesión celebrada por el *Pleno* de las Cortes para la elección de los citados miembros. En caso de empate, será elegido Presidente el Consejero cuya candidatura hubiera sido presentada por *mayor número de Diputados*. Si persistiera el empate será elegido Presidente el Consejero de *mayor antigüedad* (42); en el caso de igualdad, el de *mayor edad*.

El Presidente será nombrado por el *Presidente de las Cortes* mediante resolución que se publicará en el BOA. Tomará posesión ante la *Mesa y Junta de Portavoces*, momento a partir del cual surtirá efectos su nombramiento. Su mandato tiene una duración de *seis años*, pudiendo ser reelegido por *otro u otros periodos iguales*. Puede ser reelegido sin límites de períodos. Cuando el nombramiento del Presidente se hubiera producido por cese del anterior antes de la conclusión de su mandato, la designación del nuevo Presidente se limitará al tiempo que faltase para completar el periodo de seis años para el que fue elegido el cesado. En los casos de vacante, ausencia, enfermedad o cualquier otro impedimento, el Presidente será suplido en sus funciones por el *Vicepresidente*, si lo hubiere. En caso contrario, será suplido por el Consejero del órgano de mayor antigüedad o, en caso de igualdad, por el de mayor edad.

El Presidente de la Cámara cesará por renuncia, expiración del plazo de su mandato, por incompatibilidad sobrevenida o incumplimiento de sus deberes, apreciados por el Pleno de las Cortes por mayoría de 3/5, por condena penal en sentencia judicial firme o por fallecimiento. Al igual que ocurre en el nombramiento, el cese se formalizará mediante resolución del Presidente de las Cortes y será publicado en el BOA.

La Cámara cuenta con una *Secretaría General*, a la que le corresponde la asistencia jurídica, técnica y administrativa del Consejo, Presidente y Consejeros. Desempeña el ejercicio de la jefatura del personal al servicio de la CCAr, la gestión económico-presupuestaria, la de asuntos informáticos y el depósito de la fe pública de los acuerdos y resoluciones. El puesto de Secretario General se provee entre funcionarios de carrera del Grupo A de los cuerpos de cualquier administración pública que estén en posesión del título de licenciado o graduado en Derecho, y con un mínimo de diez años de antigüedad en dichos cuerpos.

(42) Si son todos elegidos simultáneamente ¿cómo debe entenderse la antigüedad? ¿En el órgano? Este criterio únicamente podrá ser aplicado en el caso de que durante el mandato de la Cámara se haya producido el relevo de algún Consejero y sea necesario volver a elegir al Presidente. En la práctica, salvo error en la regulación por el legislador, se pretende que quien viene a sustituir a otro por el resto del mandato no pueda ser Presidente ni tampoco Vicepresidente.

La Secretaría General está organizada en los siguientes Servicios: a) jurídico; b) gestión administrativa y económica; y c) informático. El *Servicio jurídico* realiza las funciones de elaboración de disposiciones normativas, acuerdos y convenios; de documentación jurídica, jurisprudencia y bibliografía; de asesoramiento jurídico al Consejo, al Presidente y los Consejeros, y la emisión de informes en Derecho; la representación y defensa en juicio de la CCAr ante cualquier jurisdicción, así como de los Altos Cargos y del personal al servicio de la Cámara. El *Servicio de gestión administrativa y económica* es el responsable de la gestión en materia de recursos humanos, contratación, seguridad y vigilancia, archivo, registro y documentación, biblioteca, reprografía, mantenimiento, patrimonio, inventario de bienes, archivos de prensa y demás servicios auxiliares de carácter general. Le compete la gestión del presupuesto y su liquidación, la contabilidad y el control de tesorería, así como el control presupuestario interno. El *Servicio informático* apoya a la CCAr y a su personal en todo lo concerniente a nuevas tecnologías de la información y de la comunicación.

El *Consejo* es el órgano colegiado de la Cámara, integrado por la totalidad de sus miembros, los *tres Consejeros*, uno de los cuales será el Presidente. Podrá designar un Vicepresidente, que será elegido también por el Consejo, y otro Consejero desempeñará la función de Secretario del Consejo.

Para que las *sesiones* del Consejo sean válidas se precisa la asistencia de *dos Consejeros*. Los *acuerdos* se adoptan con el voto favorable de, al menos, *dos Consejeros*. Hasta la fecha, en la vida de la Cámara, todos los Informes han sido aprobados por *unanimidad* sin que se haya producido ningún *voto particular*, que pueden formular los Consejeros cuando discrepen incorporándose a los acuerdos. Es obligatoria la asistencia de todos los Consejeros a los Consejos reglamentariamente convocados. Sus deliberaciones tienen el carácter de *reservado*, debiendo guardar *secreto* de las mismas. El órgano puede solicitar que asista a sus reuniones el *personal* de la CCAr que considere conveniente así como *expertos*, a los efectos de aportar información sobre algún asunto en concreto.

En cuanto al régimen de *sesiones*, éstas pueden ser ordinarias y extraordinarias, las *ordinarias* son convocadas por el Presidente a iniciativa propia o por la solicitud de dos Consejeros y, en todo caso, una vez al mes, a excepción de agosto. En la convocatoria el Presidente fija el *orden del día* que es notificado con una antelación mínima de diez días hábiles, pudiendo solicitar los Consejeros al Presidente, en el plazo de veinticuatro horas desde la recepción de la convocatoria, que incluya en el orden del día determinados asuntos. La *documentación* relativa a cada sesión se encontrará a disposición de los Consejeros en la Secretaría General del órgano. Cuando la *convocatoria* se realice a petición de dos Consejeros, el Presidente dispondrá de un plazo de

siete días, a contar desde la recepción formal de la solicitud, para convocar al órgano. Las sesiones *extraordinarias* tendrán lugar cuando el Presidente estime que uno o varios asuntos han de ser tratados con carácter *urgente*. Podrá iniciarse transcurridas cuarenta y ocho horas desde la *notificación de la convocatoria*, debiendo incluirse como primer punto del orden del día el *pronunciamiento del Consejo* sobre los asuntos a tratar y su *urgencia*.

De cada sesión que celebre el Consejo se levanta *acta* dejando constancia de los asistentes, lugar, fecha, hora de inicio y terminación, orden del día y los acuerdos adoptados con el resultado de las votaciones. Las actas son firmadas por todos los Consejeros que han asistido a la reunión y se aprueban al término de la sesión o al inicio de la siguiente.

Los actos dictados por el Consejo, sometidos a Derecho administrativo, adoptan la forma de acuerdo y ponen fin a la vía administrativa (43). Entre las funciones del órgano se encuentra aprobar el *programa anual de fiscalización* sometido a la consideración de las CAr, las *memorias* y los *informes* de la CCAr y *aprobar el presupuesto* de la propia entidad. Asimismo, elaborar y proponer para su aprobación a las CAr el *proyecto de Reglamento* de Organización y Funcionamiento, y establecer las *directrices técnicas* a que deban sujetarse los procedimientos de fiscalización y los criterios que han de presidir su actuación en el ejercicio de la función fiscalizadora.

3. Personal y régimen económico-patrimonial

La Cámara se podrá estructurar en áreas funcionales de auditoría, determinado el Consejo el contenido de cada área, atendiendo a criterios técnicos y de organización. No obstante en la actualidad, los *equipos de auditoría*, son designados para cada informe de fiscalización por el Presidente; están formados por personal especializado —Directores, Técnicos y Ayudantes de Auditoría— (44).

El personal podrá estar integrado por *funcionarios* de carrera, interinos, personal *laboral* y *eventual*, con arreglo a lo establecido en la legislación de la CAAr en materia de empleo público. La Cámara de Cuentas establecerá de acuerdo con las previsiones presupuestarias, su *relación de puestos de trabajo*, especificando los que hayan de ser cubiertos por funcionarios, eventuales o interinos en cada caso, así como la denominación, las características esenciales de los puestos, clasificación, las retribuciones que les correspondan, los requisitos exigidos para el desempeño y su forma de provisión. La relación de puestos se aprobará por Acuerdo de la Mesa de las Cortes de Aragón

(43) V. Art. 63.2 ROFCCAr.

(44) V. art. 24 d) LCCAr.

publicándose en el BOCAr (45). El conjunto de puestos de trabajo vacantes podrá constituir la *oferta de empleo público* de la CCAr.

La selección del personal podrá efectuarse mediante *convocatoria pública* por los sistemas de oposición, concurso-oposición y concurso. La provisión de *plazas vacantes* se realizará mediante los procedimientos de concurso, libre designación o comisión de servicios. El Presidente está facultado reglamentariamente para disponer de un *Gabinete* integrado por un máximo de dos personas de carácter eventual, facultad que no se ha utilizado hasta el momento. Todo el personal al servicio de la Cámara está obligado a guardar un riguroso *sigilo*, es decir, secreto profesional respecto de los hechos, actos, o documentos que conozca por razón de su trabajo.

El Consejo puede designar libremente hasta un máximo de cinco auditores, hasta ahora no se han nombrado más que tres. Para ser auditor se requiere ser Licenciado o Graduado universitario así como haber desempeñado actividades profesionales preferentemente como funcionario público directamente relacionadas con la materia funcional de la CCAr durante, al menos, diez años, de las que se deduzca un amplio conocimiento y experiencia de las materias de contabilidad pública, derecho presupuestario, auditoría y control de legalidad. El nombramiento de un funcionario público como auditor implica el pase a la situación administrativa de *servicios especiales*. Éstos están sometidos a idéntico régimen de incompatibilidades que el previsto para los miembros de la Cámara. Podrán ser cesados libremente y, en todo caso, cesarán cuando cese el mandato de los miembros de la CCAr. Su nombramiento y cese será objeto de publicación en el BOA y en el BOCAr.

El presupuesto de la Cámara es remitido a la Mesa y a la Junta de Portavoces de las CAr a efectos de su incorporación al Proyecto de Ley de Presupuestos de la CAAr. Mantiene la misma estructura que el de las Cortes. La Cámara está sometida al mismo régimen de *contabilidad pública* que la CA. Su control interno se realiza por un funcionario designado al efecto por el Consejo que ejerce las tareas propias de la función interventora y las discrepancias que puedan surgir en el ejercicio de la fiscalización son resueltas por el Consejo.

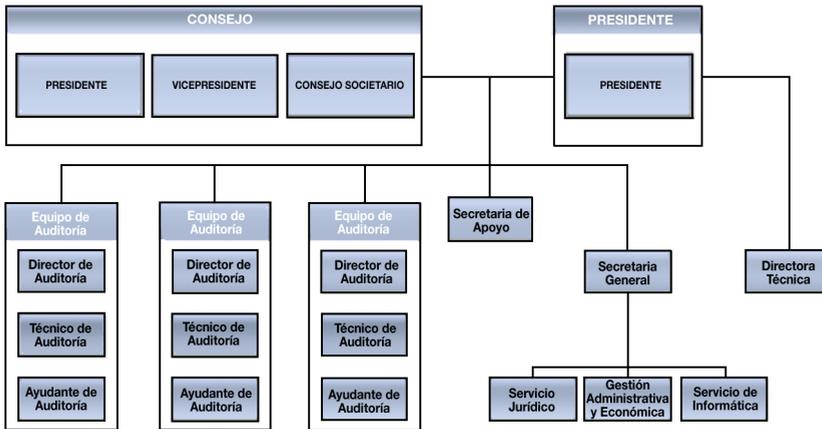
El Presidente podrá acordar *provisiones de fondos* de carácter extrapresupuestario a la Secretaría General para la atención inmediata de gastos de carácter periódico o de importe inferior a la cuantía que se determine.

(45) V. Acuerdo de la Mesa de las Cortes de Aragón, de 11 de febrero de 2011, por el que se aprueba la relación de puestos de trabajo de la Cámara de Cuentas de Aragón. (BOCAr núm. 279, de 22 de febrero y rect. BOCAr núm. 294, de 26 de abril). Por resolución de 22 de febrero de 2011, del Presidente de la CCAr, se ordena la publicación de la Relación de Puestos de Trabajo de la Cámara de Cuentas de Aragón en el (BOA núm. 41, de 22 de febrero).

En cuanto al régimen de *dietas e indemnizaciones* aplicables a los miembros de la CCAr y a su personal será aprobado por el Consejo tomando en su caso como referencia el acordado por la Mesa de las Cortes para sus miembros y personal. El *régimen económico y de contratación* será también el que rija para las Cortes, al igual que el aplicable al patrimonio de la Cámara.

En la actualidad la Cámara es asistida por veintisiete efectivos, además de los tres Consejeros (46).

ORGANIGRAMA DE LA CÁMARA DE CUENTAS DE ARAGÓN



V. ALGUNAS CONCLUSIONES Y APUNTES DE FUTURO EN EL CONTROL DE LOS RECURSOS PÚBLICOS

Teniendo en cuenta lo hasta ahora analizado procede formular algunas conclusiones y plantear posibles líneas de actuación futuras, tanto en relación con la CCAr como con los OCEX en las funciones que tienen encomendadas, de conformidad con lo dispuesto en las leyes y las demandas que sobre esta actividad dimanen de la jurisprudencia, la doctrina y la exigencia social en el control del gasto público.

1. *Entre las conclusiones que me atrevo a formular de este trabajo se encuentran las siguientes:* La creación de la CCAr responde a la necesidad de *incrementar el control de la actividad financiera* de las AAPP en el ámbito autonómico. Exigencia vinculada a la creciente ampliación competencial, que

(46) Fuente: Cámara de Cuentas de Aragón <www.camaracuentasaragon.es> (a. 17-04-2015).

constituye un avance significativo en el desarrollo del autogobierno. El cumplimiento de su función ayuda a conseguir mayor transparencia contable mediante el pleno autocontrol.

2. El papel de la Cámara de Cuentas, *institución externa no coercitiva*, permite defender los derechos de los ciudadanos, que son los contribuyentes. Es una institución moderna, apenas cuenta con cuatro años de existencia. Actúa siguiendo el método anglosajón de *buscar el problema y no el culpable*. Se trata de un órgano que no sólo controla, sino que, también, hace una función profiláctica y didáctica, que es una buena práctica en los Estados de Derecho.

3. La CCAr como institución no es un gasto, sino una inversión. El buen funcionamiento de la Administración requiere de un *sistema de control*, que corrija las patologías de la misma. Su acción ayuda a que los ciudadanos legitimen las instituciones democráticas.

4. Las AAPP representan el interés general y están al servicio de los ciudadanos, por lo que revisar su funcionamiento y controlar el ejercicio del gasto público, a través de la fiscalización externa, forma parte del *derecho del buen gobierno*, de la buena administración, y de una gobernanza adecuada a los parámetros que nos demanda la UE.

5. La cercanía del control consigue mejores resultados de *integridad y eficiencia*. Permite mejorar la cultura democrática y política de la Comunidad al controlar y supervisar la Administración autonómica a través de un órgano independiente.

6. La CCAr tiene una clara *auctoritas* pero, a veces, le hace falta *potestas*; es decir, la posibilidad de corregir por imposición un incumplimiento reiterado de juicios para ayudar a mejorar la acción administrativa (47).

7. ¿Por qué es más rentable mantener instituciones de control que suprimirlas? ¿Es rentable la CCAr? El informe CORA plantea la existencia de duplicidades administrativas que generan ineficiencia. Propone la supresión de los OCEX y la asunción plena de sus funciones por el TCu, con desconcentración territorial, creando secciones territoriales en las CCAA. Sostiene que se lograría una mayor eficiencia, eficacia, homogeneización en los criterios de control, simplificación en los procedimientos y un ahorro neto de 50 millones de euros anuales. A nuestro juicio, en el sistema de control nunca puede afirmarse la existencia de *duplicidades*. Son sistemas complementarios, susceptibles de mejora en su funcionamiento, abogando en nuestro caso por el control del órgano más cercano y próximo al ente fiscalizado. La propuesta de 11 secciones territoriales, sólo para las CCAA que cuentan en la actualidad con OCEX genera una

(47) Este es el modelo que está en otros países, como por ejemplo en Iberoamérica «*las contralorías*», que tienen capacidad de imponer resoluciones.

injustificada diferencia con los 5 territorios carentes de sección específica. El hecho de que la sede del TCu sea Madrid no es argumento jurídico ni técnico para no crear sección territorial específica. Las mejoras pretendidas pueden alcanzarse a través de la articulación de principios de coordinación y cooperación, como de hecho se están practicando. El pretendido ahorro final de la medida resulta discutible; el gasto corriente, en personal y sedes en poco ha de diferenciarse del efectuado por las CCAA, salvo en lo que pueda resultar de la supresión de altos cargos de los OCEX. Su ejecución conllevaría una evidente merma en el principio de autonomía, autogobierno y autoorganización de las CCAA (48).

8. En la actualidad es una necesidad *la modernización del control de la gestión* y de las *políticas públicas* de las Administraciones. Las entidades fiscalizadoras superiores juegan un papel importante en esta tarea. El crecimiento en calidad democrática exige más transparencia y un incremento en la cultura de la *rendición de cuentas*.

9. El principal activo de este tipo de Instituciones reside en la tenencia de medios personales altamente cualificados y con un gran sentido de la *imparcialidad e independencia*. El máximo aprovechamiento de sus conocimientos y experiencias está vinculado a la *permanencia* y estabilidad de los mismos. Para conseguir este objetivo ayudaría el establecimiento de una *carrera administrativa especializada* tanto en el ámbito del Estado como en el de las CCAA, al igual que ocurre en Francia, Italia y Alemania. Por otro lado, la constitución de escuelas de control, por el TCu o el Instituto Nacional de Administración Pública, y por los OCEX autonómicos o los institutos de administraciones públicas de las CCAA, en colaboración con las Universidades crearían un foro doctrinal plural, que podría tener una importante repercusión para el intercambio, coordinación y cooperación de técnicas y análisis de auditoría y fiscalización pública (49).

10. *Como posibles apuntes de futuro en el control de los recursos públicos señalaría los siguientes:* Estamos ante el reto de la *modernización* y la *armonización voluntaria de la contabilidad pública*. Se trata del tránsito de una contabilidad clásica presupuestaria, y de contenido y orientación sólo al cumplimiento formal de la legalidad, a una contabilidad que aporte mayor transparencia e información y que coadyuve así, no sólo a la mejora del control

(48) V. Medida núm. 1.00.004 de la CORA, Grupo 1, duplicidades administrativas. Página web <www.seap.minhap.gob.es/> (a. 18-03-2015). V. También Estudios de la OCDE sobre: «Gobernanza Pública. España, de la reforma administrativa a la mejora continua». Página web <www.oecd.org> (a. 18-03-2015).

(49) V. SALGADO PÉREZ C. (2001: p. 12 y ss.): «La fiscalización del sector público autonómico por el Tribunal de Cuentas», en *Revista Española de Control Externo*, Vol. 3, núm.8, Madrid.

realizado, sino también y, sobre todo, a una mejora del proceso de adopción de decisiones (50). Para ello, la contabilidad pública deberá contemplar, además de la *contabilidad de costes*, de cada servicio y prestación pública, indicadores económicos financieros y de gestión. El control de legalidad no es suficiente, debería ampliarse y contemplarse con los de *eficacia, eficiencia, economía, ética pública y democracia*.

11. Esta práctica sería una forma de profundizar en la democracia ya que las medidas que se usan para su aplicación constituyen una *nueva forma de aproximarse a los ciudadanos*, procurando evitar el grado de desafección que presentan con las instituciones políticas. Sería un intento nuevo de combinar adecuadamente el principio de *representación* con el incremento de la *participación política* de los ciudadanos.

12. Para alcanzar estos objetivos es imprescindible contar con los instrumentos que nos ofrece *la nueva era tecnológica* en la que estamos viviendo. Las Administraciones disponen de una tupida red de datos referidos a personas y actividades residiendo el núcleo de la discusión en cuáles pueden estar a disposición de la ciudadanía y cuáles no, porque vulnerarían otros derechos. Esta evolución tecnológica permite mejorar el funcionamiento de las AAPP, reduciendo costes, siendo más eficaces, disminuyendo la carga de trabajo de los empleados públicos o facilitando la comunicación entre unidades y organizaciones, todo ello con mayor rapidez y fluidez. Aspecto éste, que debería ser usado por los OCEX en el ejercicio de su función, fundamentalmente fiscalizadora. La intensificación del uso de nuevas tecnologías es un medio para lograr *mayor transparencia* y, por tanto, mayor posibilidad de control.

13. Es necesario activar un *mayor control* de las distintas modalidades de *participación de las AAPP* en: consorcios, patronatos, sociedades mercantiles, parternariados y otras fórmulas. Sin duda, todas ellas, evidencian la denominada *huida del derecho administrativo*, por lo que su control es más que necesario.

14. Apuntar para lograr la progresiva y adecuada *evolución de los costes de adquisición*, mediante procesos de compra eficaces y eficientes, que obtengan los beneficios de la economía de escala sería otro interesante campo de análisis y trabajo (51).

(50) V. CANALES ALIENDE, J.M. (2012: p. 22): «Algunas consideraciones sobre los nuevos retos de la modernización del control de las administraciones públicas contemporáneas», en *Revista Auditoría Pública*, núm. 58.

(51) El Consejo Interterritorial de Salud, en sus actuaciones de los últimos diez años ha puesto de manifiesto cómo es posible el ahorro público en una factura tan elevada para los contribuyentes como la que se deriva del gasto farmacéutico, a través de mecánicas de centralización de compras.

15. *Técnicas presupuestarias de programas* y del presupuesto *base cero*, con la finalidad de la elaboración y aprobación de presupuestos anuales no sustentados sólo en el incremento, sino en la fijación de objetivos y resultados sería otra técnica a explorar, perfeccionar y practicar de forma moderada, especialmente en tiempos de *grave crisis económica* como los vividos en estos momentos.

16. Aunque las dotaciones de personal y medios son muy diversas, *no existe relación directa entre medios y resultados*. Algunas veces se consiguen buenos resultados con medios muy escasos y, otras, malos con muchos medios. Es necesario buscar un equilibrio entre los medios a disponer y la función a realizar, siempre difícil de encontrar. Para conseguir mejores resultados en la actividad encargada a los OCEX sería conveniente la *integración voluntaria* a través de la *cooperación* de los *sistemas de información*: contabilidad presupuestaria, contabilidad financiera y contabilidad nacional en un único sistema (52). Con una labor de *coordinación* se obtendría una forma más estandarizada y objetiva en esta tarea de fiscalización, puramente técnica, con muy limitados ámbitos que contengan capacidad discrecional.

17. El fomento y avance de las Administraciones hacia sistemas de «*gobierno abierto*» y su necesario control forman parte de la agenda actual de todas las AAPP de los países desarrollados. Desde los años setenta se utiliza en el Reino Unido el término «*gobierno abierto*» para hacer referencia a diversas cuestiones relacionadas con los secretos de Gobierno y su opacidad, así como la necesidad de permitir su conocimiento a la ciudadanía. Se ha ido consolidando la filosofía de una ciudadanía responsable, con capacidad para valorar y enjuiciar las políticas y servicios públicos. El conocimiento de las cuentas públicas, lo que se ingresa y se gasta, y cómo se gasta, forma parte de ese «*gobierno abierto*». Referirse a él es hacer referencia al acceso y libertad de información, a la protección de datos, a la reforma de las leyes sobre secretos oficiales y a la necesidad, en una democracia consolidada, de poder obtener información útil y accesible sobre las actividades gubernamentales. En ella, sin duda, se encuentra la información y análisis del gasto público.

18. Podría ser útil dar a conocer públicamente la *traza de los fondos públicos* desde la recaudación e ingreso hasta el último preceptor. Abarcar el metálico de los ingresos y gastos públicos, subvenciones y todo tipo de beneficios fiscales, evaluar el correcto uso de bienes e instalaciones públicas y los costes ocasionados como consecuencia de las retribuciones en especie

(52) V. BRUSCA ALLUARDE, M. I. (2013: p. 82): «El control de la estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera: un nuevo reto para los Órganos de Control Externo», en *Revista de los Órganos Autónomos de Control Externo*, núm. 59.

o asimilables (53). Con ello, se daría un gran paso en el ejercicio de la función de control para conseguir objetivos de mayor eficacia y eficiencia en los recursos que los contribuyentes ponen a disposición de las AAPP.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ MARTÍN, J.A. (2012): «Control externo: de la simulación a la excelencia. Propuestas», en *Revista de Auditoría Pública*, n.º. 57, pp. 83-93.
- ÁLVAREZ MARTÍNEZ, J. (2010): «Capítulo 36. La Cámara de Cuentas de Aragón», en *Tratado de derecho público aragonés*, Bermejo, et al., Civitas, Navarra, pp. 1051-1074.
- BRUSCA ALLJARDE, M. I. (2013): «El control de la estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera: un nuevo reto para los Órganos de Control Externo», en *Revista de los Órganos Autónomos de Control Externo*, n.º. 59, pp. 77-86.
- CANALES ALLENDE, J.M. (2012): «Algunas consideraciones sobre los nuevos retos de la modernización del control de las administraciones públicas contemporáneas», en *Revista Auditoría Pública*, n.º. 58, pp. 19-29.
- CASTELLS OLIVERES, A.M. (2005): «Las instituciones de control externo: el Tribunal de Cuentas Europeo y sus relaciones con los tribunales de cuentas de los estados miembros», en *El control del gasto público en Europa: la coordinación de la auditoría pública en la Unión Europea*, Milagros (coord.), Ministerio de Economía y Hacienda, Instituto de Estudios Fiscales, España, pp. 159-177.
- CUBILLO RODRÍGUEZ, C. (2011): «El control externo de las subvenciones y ayudas públicas: Fiscalización y enjuiciamiento por parte del tribunal de cuentas y otros órganos de control externo», en *Derecho de las subvenciones y ayudas públicas*, Garcés (coord.), Aranzadi, pp. 609-636.
- GORORDO BILBAO, J. M. (2008): «El Tribunal de Cuentas del Estado español y los órganos autonómicos de control externo en las previsiones constitucionales, estatutarias y/o legales de las Comunidades Autónomas», en *Auditoría pública: revista de los Órganos Autónomos de Control Externo*, n.º. 45, pp. 15-28.
- JIMÉNEZ COMPAIRED, I. (2008): «Economía y hacienda en el Estatuto de Autonomía de Aragón de 2007», en *La financiación autonómica en los estatutos de autonomía*, Pita, et al., Civitas, pp. 145-168.

(53) V. ÁLVAREZ MARTÍN, J.A. (2012): «Control externo: de la simulación a la excelencia. Propuestas», en *Revista de Auditoría Pública*, núm. 57, pp. 83-93.

- (2014): «La Hacienda de la Comunidad Autónoma de Aragón», en *Derecho Público Aragonés*, 5ª ed, Embid (dir.), el Justicia de Aragón, Zaragoza, pp. 917-1000.
- LAGUARTA LAGUARTA, A. (2013): «La fiscalización del sector público local aragonés por la Cámara de Cuentas de Aragón», en *Anuario aragonés del gobierno local*, nº. 5, pp. 399-432.
- SALGADO PÉREZ, C. (2001): «La fiscalización del sector público autonómico por el Tribunal de Cuentas», en *Revista Española de Control Externo*, Vol. 3, nº.8, Madrid, pp. 9-27.

CRÓNICAS

ESTAMPAS JURÍDICAS DE LA LITERATURA

JUAN MANUEL ALEGRE ÁVILA

RESUMEN: El Derecho es tema recurrente en la historia de la Literatura. Las páginas que siguen, unas someras pinceladas, como reza el título, muestran un liviano recorrido por algunos momentos literarios particularmente llamativos para la mirada de un jurista. Unos momentos literarios que son expresión, como decía don Niceto Alcalá-Zamora Castillo, de las relaciones de ida y vuelta entre el Derecho y la Literatura y que aportan la perspectiva del literato, su punto de vista, sobre cuestiones jurídicas. Unos momentos literarios aquí seleccionados y que van de Shakespeare a Delibes, pasando por William Thackeray, Miguel Espinosa, Ramiro Pinilla, Cela o el colombiano Álvaro Cuetto, con alguna alusión, a modo de hijuela, al «género chico», la zarzuela.

Palabras clave: Derecho; Literatura; la mirada jurídica del literato; las relaciones entre Derecho y Literatura: un viaje de ida y vuelta.

ABSTRACT: Law is a recurrent issue in the history of Literature. The pages that follow —just a few shallow brush-strokes, as announced in the title— make a fast tour through some literary episodes that are particularly striking to the eyes of a jurist. They show some literary moments that express the reciprocal relationship between Law and Literature —as Niceto Alcalá-Zamora Castillo would say— and provide a writer's literary view over legal issues. This selection of literary moments ranges from William Shakespeare to Miguel Delibes, including William Thackeray, Miguel Espinosa, Ramiro Pinilla, or the Colombian Alvaro Cuetto, and some samples of Zarzuela, an Spanish genre of musical play also known as «genero chico» (small type).

Key words: Law; Literature; writer's legal view; Law and Literature reciprocity.

I

Quiere la tradición universitaria, la tradición, aquí, de la Facultad de Derecho, que la lección del día de su patrón, de San Raimundo de Peñafort, corra a cargo del último profesor incorporado al claustro de la Facultad, siquiera en el caso de quien habla esta incorporación se produjera hace más de cuatro lustros y sólo ahora ocupe esta tribuna en esta condición de habilitado, que es el nombre que la anteúltima ocurrencia del legislador universitario español ha dado a quienes, con más o menos prisas, van en pos de una cátedra universitaria. Una tradición que, en el caso de la Facultad de Derecho de Santander,

inaugurara allá por el año de 1987, siendo Decano Luis Martín Rebollo, el Catedrático de Derecho Civil y, hoy, Magistrado de la Sala Primera del Tribunal Supremo Fernando Pantaleón con una lección sobre las parejas de hecho. De entonces acá, no sólo ha pasado el tiempo que media entre aquella fecha y este 23 de enero, festividad no de San Raimundo sino de San Ildefonso, de 2006, sino que la evolución del hecho y el Derecho ha desembocado en un panorama bien diferente del de los años ochenta de la pasada centuria, al dar este último, el Derecho, forma jurídica a las mencionadas parejas, amén de aplicar la secular institución del matrimonio a personas del mismo sexo, ahora ya con el aval del Tribunal Constitucional, bien que ajustándose a los cánones numéricos clásicos, que, al menos por ahora, vedan las uniones polígamas, ya la poliandria ya la poliginia. El tiempo, en todo caso, dirá.

II

No es mi intención, bien se comprende, terciar en una polémica, la del matrimonio, asaz peliaguda y sobre la que no podría exhibir otro título que algún conocimiento meramente teórico de la institución. Mi propósito aquí y ahora, eslabón de la tradición a que antes me refería, es apenas esbozar unas pinceladas sobre una cuestión más amable, la del Derecho en la literatura, de donde el título de estas palabras, tomadas de una joya de la literatura jurídico-procesal, la que viera la luz en 1961 en Buenos Aires, en esa colección dirigida por uno de los más conspicuos representantes de la España peregrina, Santiago Sentís Melendo, los «Breviarios del Derecho» de Ediciones Jurídicas Europa-América. En aquélla, en efecto, aparecieron las *Estampas procesales de la literatura española*, discurso de recepción de su autor en el Instituto Mexicano de Derecho Procesal el 15 de enero de 1959. Un autor que no era otro sino, español igualmente de esa España peregrina, por decirlo piadosamente con sus mismas palabras, Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, ilustre procesalista e hijo del que fuera Presidente de la Segunda República española, también él jurista, don Niceto Alcalá-Zamora y Torres.

Decía don Niceto hijo que las relaciones que median entre literatura y derecho son una especie de viaje «de ida y vuelta», pues «si el literato acude con frecuencia al derecho para trasladar a la escena o a la novela problemas que su contemplación le proporciona, por su parte el jurista se vale en ocasiones de textos literarios, a falta o como complemento de fuentes jurídicas». De lo primero entresacaba una genuina muestra de humor surrealista pasado por el casticismo hispano, *El caso de la mujer asesinadita*, de Miguel Mihura y Álvaro de Laiglesia, cuadrángulo infernal (el marido, la mujer, la secretaria y el amigo de la mujer) hoy de seguro vilipendiado por los orates de lo políticamente correcto como sucedáneo de la ausencia de divorcio. De lo segundo,

advertía de los peligros de las incursiones de los profanos por los dominios del Derecho, que tal vez se expliquen por la cualidad de éste de «instrumento de relaciones intersubjetivas [...], vivido a diario, en forma consciente o no, por todos los habitantes del planeta, con rarísimas excepciones, como antaño la de Adán antes de que Dios le quitase la costilla para crear a Eva o la de Robinson en su isla antes de la llegada del salvaje Viernes» (Domingo en alguna versión del clásico de Daniel Defoe).

Un riesgo, el de que el «literato *juristoide* [...] altere la realidad jurídica», que, según aquél, obedece a diferentes causas, ya «la frecuencia con que carece de preparación para discurrir por los senderos del derecho, e incluso de la más elemental información acerca de las normas rectoras del problema que se lanza a abordar»; ya el propósito de lograr «determinados *efectos*», ora cómicos, ora trágicos, en cuyo altar se sacrifican consideraciones de toda laya, a fin de cargar «las tintas, favorables o adversas, sobre tales o cuales personajes, hasta erigirlos en caracteres de una pieza, a la manera de Molière»; ya la propia rareza del tema jurídico que se trasplanta a la escena; ya, finalmente, «prejuicios y resentimientos [que] pueden arrastrar al literato a deformar el panorama jurídico que exhibe a sus lectores», como, según Alcalá-Zamora, acaecía en el caso paradigmático de Carlos Dickens, cuyas obras más emblemáticas (*Historia de dos ciudades*, *Oliver Twist* o *las Aventuras de Mr. Pickwick*) sin duda dejaron sentir su influencia a la hora de lograr la desaparición de instituciones como la llamada jurisdicción de equidad o la prisión por deudas, una institución esta última que, al parecer, el propio padre del autor sufrió en sus carnes.

Una prisión por deudas con la que William Makepeace Thackeray ilustra la peripecia del joven e incauto protagonista de *La historia de Samuel Titmarsh y el gran diamante Hoggarty*, obra aparecida en 1841. Empleado en una compañía de seguros de la City londinense, los avatares vividos por mor del regalo que su tía le hiciera de un diamante dan con sus huesos, y los de su joven y embarazada esposa, esta última por razón de mera subsistencia, en la prisión, una prisión regentada por el judío Aminadab. Comparecido ante el tribunal de quiebras de resultas de la denuncia que contra él pusieran el sastre y el joyero que engastara el diamante, y con el pretexto de la posesión de unas acciones, nominativas, como él mismo precisa, cuya tenedora era, en realidad, su tía, ha de dar, en su defensa, explicación de la bancarrota causada por el director de la compañía, el sinuoso y prófugo señor Brough, así como prestar oídos a la moralizante diatriba del comisionado, que, en la traducción de Ángeles de los Santos, se despacha de esta guisa:

—«Señor Titmarsh [...], no es probable que su historia aparezca en los periódicos, porque, como usted dice, es un asunto privado del que usted no tenía por qué hablar, a menos que así lo hubiera deseado, y se puede considerar una

conversación confidencial entre nosotros y los demás caballeros aquí presentes. Pero si se hiciera pública podría resultar de utilidad para advertir a la gente, si fuera necesario, contra la locura de empresas como ésta en la que usted ha estado trabajando. Queda muy claro con su historia que usted ha sido engañado de forma tan escandalosa como cualquiera de los presentes. Pero, mire, señor, si usted no hubiera estado tan ansioso por obtener ganancias creo que no se habría usted dejado engañar y habría usted preservado el dinero de su pariente y lo habría heredado, según nos ha contado, tarde o temprano.

En cuanto las personas esperan conseguir grandes ganancias, parece que pierden su capacidad de juicio; y creen que la tienen asegurada por el hecho de buscarla y hacen caso omiso de toda advertencia y toda sensatez. Aparte de los cientos de familias honradas que se han visto arruinadas sólo por haber puesto su confianza en esa empresa, y que merecen la más sincera compasión, hay otros cientos que se han lanzado, como usted, no a invertir sino a especular; y estos, caramba, merecen lo que el destino les ha deparado.

Mientras se paguen los dividendos nadie hace preguntas. Y el señor Brough podría haber robado el dinero para sus inversores y ellos se lo habrían embolsado sin sentir gran curiosidad. ¿Pero de qué sirve hablar? —dijo el señor comisionado, disgustado—. Aquí se ha descubierto a un granuja y cientos de personas han sido víctimas del engaño, pero si mañana aparece otro estafador, dentro de un año habrá otras mil víctimas alrededor de esta mesa. Y así será, supongo, hasta el final. Y ahora sigamos con el asunto, caballeros, y disculpen este sermón».

Un sermón al que, como moraleja, pone colofón, previa cita a modo de homenaje del señor Pickwick, el propio protagonista al despedirse de su relato «[...] pidiendo a todo aquel que lea esto que sea cauto con su dinero, si lo tiene; que sea aún más cauto con el dinero de sus amigos; que recuerde que los grandes beneficios implican grandes riesgos, y que los grandes y astutos capitalistas de este país no se conformarán con recibir el cuatro por ciento de interés por su dinero si creen que pueden conseguir más. Y sobre todo, les ruego que jamás se embarquen en ninguna clase de negocio cuya gestión no esté completamente clara y cuyos responsables no sean totalmente francos y honrados».

La obra de Thackeray está, al parecer, inspirada en un conocido escándalo de una empresa de la época, como se aprecia por el sutil cambio del nombre, que del real *Middlesex* pasa al ficticio *Diddlesex* [*diddle* significa estafar, timar, targar]. Como la cosa viene, pues, de lejos, la cuestión, nada insidiosa, estriba en el reparto de responsabilidades —mercantiles, civiles, penales— entre esos «grandes y astutos capitalistas», y «sus inversores», de un lado, y esos «cientos de personas [...] víctimas del engaño», de otro... ¿O, quizá, no es tan clara la divisoria?

III

Vengamos, pues, de la mano de tan ilustre predecesor, don Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, a destacar algunas pinceladas jurídicas entresacadas de no menos ilustres textos literarios. Así, por edad y condición, otorguemos la primacía al venerable *Derecho Romano*. Luego de cincelar una definición que cualquier politólogo y constitucionalista sin duda suscribiría acerca del Estado («Considero el Estado como organización metódica de Poder, y el Derecho, como método del Estado»), ese gran heterodoxo que fue Miguel Espinosa, murciano y licenciado en Derecho y, sobre todo, dueño de unas de las prosas más deslumbrantes, y minoritarias, de las décadas del sesenta y setenta de la pasada centuria, verterá en su *Asklepios. El último griego* este dicerio que a buen seguro no dejará de provocar un respingo entre los romanistas:

«Los principios del llamado Derecho Romano me parecen una antigualla, construida para asegurar a ciertos palurdos la explotación del mundo entonces conocido. Valoro lamentable [continúa el autor de *Escuela de mandarines, La fea burguesía* o las *Tribadas*] que tal Derecho haya servido de ciencia asnal a centenares de generaciones aficionadas a la sopa estatal y boba».

IV

De muy diversa índole al sarcasmo de Miguel Espinosa es el alegato que contiene una de las más memorables páginas de la literatura universal, el parlamento del judío Shylock en *El mercader de Venecia* de William Shakespeare. El argumento es conocido. Antonio, el mercader, sale fiador de su amigo Bassanio, que ha pedido un préstamo a Shylock. Según el acuerdo, el prestamista se cobrará una libra de carne del cuerpo de Antonio si el préstamo no es devuelto puntualmente. Ante el temor de que tal eventualidad se produzca (llegado el momento, en efecto, Antonio no podrá hacer frente a la deuda, pues sus barcos, con cuyas mercaderías pensaba atender el compromiso, han encallado en los Goodwins), Salerio, amigo tanto de Bassanio como de Antonio, increpará a Shylock en los siguientes términos:

— «Si no lo satisface, seguro estoy de que no querrás su carne.
¿Qué se puede hacer con eso?».

Lo que sigue es el estremecedor discurso de Shylock, que otro artista, el cineasta Roman Polanski, también judío, recuperara para su película *El pianista*. Dirá así el judío, respondiendo acerbamente a Salerio:

—«Darla de cebo a los peces. Y si no sirve de alimento para nada más, al menos alimentará mi venganza. Me ha denigrado y me ha hecho perder medio millón; se ha reído de mis pérdidas, se ha burlado de mis ganancias,

ha despreciado a mi pueblo, ha desbaratado mis negocios, ha enfriado a mis amigos, ha enardecido a mis enemigos, y ¿cuál es su motivo? Que soy judío. ¿No tiene ojos el judío? ¿No tiene el judío manos, órganos, miembros, sentidos, emociones, pasiones? ¿No se alimenta de la misma comida, no se lastima con las mismas armas, no se expone a las mismas enfermedades, no se cura con los mismos remedios, no se calienta con el mismo verano y se enfría con el mismo invierno que el cristiano? ¿Si nos hacéis un corte, no sangramos? ¿Si nos hacéis cosquillas, no reímos? ¿Si nos ponéis veneno, no morimos? Y si nos hacéis un agravio, ¿no habremos de vengarnos? Si somos iguales a vosotros en lo demás, también en eso hemos de parecernos. Si un judío agravia a un cristiano, ¿qué mansedumbre muestra éste? La venganza. Si un cristiano agravia a un judío, ¿cuál tendría que ser su resignación, a ejemplo del cristiano? Pues la venganza. La infamia que me enseñáis la pondré en ejecución, y mal habrá deirme para que no mejore la instrucción».

Estas escalofriantes palabras del Acto III, Escena I, según la espléndida versión de Vicente Molina Foix, ¿qué le dicen a un jurista? Pongámoslo en palabras de inequívoco sabor jurídico: «Los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe»; «La Ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo»; «Los contratos sin causa o con causa ilícita, no producen efecto alguno. Es ilícita la causa cuando se opone a las leyes o a la moral». Estas que anteceden son reglas y prescripciones de nuestro Código Civil, que cualquier iniciado en derecho asociaría de inmediato, para recusarla, a la demanda de Shylock. Sí: a nuestros valores actuales (de seguro también a los de la época real en que sitúa su ficción el dramaturgo inglés) repugna que el Derecho, con mayúsculas, dé cabida a una pretensión de este jaez, mas lo que está en juego es algo más, mucho más que el tópico *Fiat iustitia ut pereat mundus*, hágase justicia así perezca el mundo. En *La lucha por el Derecho* Rudolph Ihering pone el caso del judío Shylock como paradigma de la lucha por el Derecho: cada uno defendiendo su derecho, defiende el derecho de todos. Esto es lo crucial, dirá Ihering: la truculencia de la demanda, un trozo del cuerpo humano como multa por el incumplimiento de un contrato civil, es la anécdota, un recurso dialéctico, diríamos casi, como argumento para probar la bondad de lo esencial, la reivindicación del propio derecho, que, es al tiempo, el derecho de todos.

¿En qué se apoyaba el juicio del eximio romanista? Comparecido ante el juez, el Dux de Venecia (un juez, por cierto, itinerante; institución al parecer no inhabitual en la Venecia de la época, según la opinión de Alcalá-Zamora), Shylock, en sucesivas respuestas a diferentes interlocutores, reclamará la ejecución del pagaré que firmara Antonio, rechazando, de paso, como compensación el doble de la cantidad que le ofrece Bassanio. Su argumento se condensa en estos memorables versos de la Escena I del Acto IV:

En respuesta al Dux:

—«Esa libra de carne que exijo de él
la compré cara. Es mía, y la tendré.
Si me la denegáis, maldigo vuestra ley:
el poder de Venecia no tiene fuerza.
Espero la sentencia. Responded: ¿la tendré?».

A Graciano, amigo de Antonio y Bassanio:

—«Yo encarno aquí la ley».

En fin, a Porcia, de la que ahora se hablará:

—«Yo me apoyo en mi pagaré».

La lucha por el Derecho fue traducida al castellano en 1881 por Adolfo Posada. A la obra, editada por Victoriano Suárez, le puso un extenso prólogo el autor de *La Regenta*, Leopoldo Alas, *Clarín*, él mismo Catedrático de Derecho Romano. Reeditada en 1985 por Luis Díez-Picazo, las palabras de Ihering suenan del modo que sigue:

«El poeta, en estas cuatro palabras “yo represento la ley”, ha determinado la verdadera relación del derecho desde el punto de vista objetivo y subjetivo, y la significación de la lucha para su defensa, mejor que pudiera hacerlo cualquier filósofo. Esas palabras cambian por completo la pretensión de Shylok en una cuestión tal, en que el objeto en cuestión es *el mismo derecho de Venecia*. ¡Qué actitud más vigorosa no toma este hombre en su debilidad cuando pronuncia esas palabras! No es el judío que reclama su libra de carne, sino que es la misma ley veneciana quien llega hasta la barra de la justicia, porque su derecho y el derecho de Venecia son uno mismo; el primero no puede perecer sin perecer el segundo; si, pues, sucumbe al fin bajo el peso de la sentencia del juez que desconoce su derecho por una burla extraña; si lo vemos herido por el dolor más amargo, cubierto por el ridículo y completamente abatido alejarse vacilante, podemos entonces afirmarnos en ese sentimiento de que el derecho de Venecia está humillado en su persona, que no es el judío Shylock quien se aleja consternado, sino un hombre que representa al desgraciado judío de la Edad Media, ese paria de la sociedad que en vano grita: ¡Justicia! Esta opresión del derecho de que él es víctima, no es todavía el lado más trágico ni más conmovedor de su suerte; lo que hay de más horrible es que ese hombre, que ese infeliz judío de la Edad Media *Cree en el derecho*, puede decirse, lo mismo que un cristiano. Su fe es tan inquebrantable y firme como una roca; nada la conmueve; el juez mismo la alimenta hasta el momento en que se resuelve la catástrofe y es aplastado como por un rayo; entonces contempla su error y ve que sólo es un mísero judío de la Edad Media, a quien se niega la justicia engañándole».

El desenlace, la resolución de la catástrofe que las palabras de Ihering han anticipado, vendrá propiciado por la hábil defensa que Porcia, la pretendida de Bassanio, hará, disfrazada de abogado, ante el juez. Argumentará, bien

es sabido, acerca de la improcedencia de la pretensión de Shylock, pues no puede arrancarse una libra de carne sin derramar al tiempo la sangre, que no figuraba en el pacto. Un alegato que no pasa, así, de ser un mero recurso de leguleyo, en verdad una traición, una burla al sentido profundo del Derecho, con mayúscula, que demanda la satisfacción de los derechos, con minúscula, de todos y de cada uno. La justicia, así pues, burlada y traicionada. Un judío, una vez más, a lo largo de la historia, escarnecido, que no sólo ve rechazada su demanda sino que, para salvar su vida, ha de renunciar a su hacienda y asumir el destierro lejos de Venecia.

Aunque, visto desde otra atalaya, no deja de ser la propuesta shakespeariana una más de las aporías a que tan aficionados son los juristas.

V

Un recurso de leguleyo, por cierto, no sólo al alcance de sutiles artimañas de letrado sino reciamente arraigado en la insidiosa naturaleza humana. En *Las ciegas hormigas* del bilbaíno Ramiro Pinilla, premio Nadal de 1961, Ismael, el hijo adolescente de Sabas Jáuregui, queda profundamente consternado ante el comentario del viejo Juanón Lecumberri [«No se puede transportar mucho carbón en una carreta sin bueyes», seguido, ante el «¿Qué?» del perplejo padre, de un inacabado «Nuestro trato sólo...»], a quien su padre alquilara la carreta para ir a recoger el carbón que había quedado en las peñas de las costas cantábricas tras el naufragio de un carguero [carbón que es la esperanza de Sabas y su familia, como la de tantas otras, para afrontar el crudo invierno]. Estas son las palabras de Ismael: «Más tarde me dijo el padre que siempre había estado preparado, aquella noche, para cualquier jugarreta que quisiera gastarnos Lecumberri, pero no ya a esas alturas. Ni yo mismo oí al carretero concluir su frase explicativa: supe, como el padre, lo que su cerebro había estado reservando hasta entonces, la burda trampa que nos había tendido —trampa de principiantes en cualquier negocio, de los que no irán muy lejos, pues hasta los engaños han de tener su moral—, el juego de palabras que él tomó al pie de la letra al nombrar “la carreta”, cuando todo el mundo habría entendido que el trato era a base de “la carreta y sus bueyes”».

Mas no quedarán aquí las argucias de Lecumberri, este tahúr de caserío. Cerrado el pacto con Sabas, y convenido, bueyes incluidos, que el precio del alquiler será un metro de altura del carbón recogido en la carreta, cuando, tras una infernal noche de aguacero, y la tragedia que, con la muerte de Fermín, el hijo mayor de Sabas, despeñado mientras cargaba con un saco de carbón, se ha cebado en la familia Jáuregui, el padre se disponga a cumplir con su parte del acuerdo, se producirá, según el relato de Ismael, este diálogo entre Sabas y el dueño de la carreta y los bueyes:

—«¿Y vosotros? —exclamó el carretero con violencia, aunque no con irritación, pues su reacción era calculada—. ¿Pensáis pagarme con moneda falsa el alquiler de la carreta?»

—¿Falsa? —repitió, el padre, y Cosme y yo pronunciamos también sordamente la palabra, mas Lecumberri continuó sin darnos reposo:

—Ese carbón es contrabando desde hace casi veinticuatro horas. No sólo no sirve para pagar nada, sino que no se puede tomar posesión de él sin salirse de la ley...».

[...]

—«Pero nosotros contratamos el pago del alquiler en este mismo carbón —arguyó el padre, sin que yo pudiera adivinar aún qué era lo que en verdad pensaba.

—Cierto. Pero sucedió cuando todavía valía su dinero. Escuchadme. No estamos en una feria tratando de ver quién engaña a quién. Digo algo que para mí es cierto. No me quedaría ningún remordimiento de conciencia si no admitiese ese carbón, a pesar de que antes hablamos de un metro de altura y de que vosotros hayáis tenido que trabajar quizá un par de horas de la pasada noche para reunir mi parte. Es como si uno prestara dinero a otro o le vendiera algo o le alquilara, y sobreviniese un cambio de gobierno y el nuevo anula el billete anterior y fabrica otro, con las mismas máquinas pertenecientes al gobierno saliente, pero como a los billetes los han coloreado de modo distinto, son también distintos, y los pagos han de realizarse en lo sucesivo con ellos, pues los anteriores resulta hasta peligroso tenerlos. ¿Con qué billetes pagaría la deuda mi hombre?»

«Ese carbón es contrabando desde hace casi veinticuatro horas. No sólo no sirve para pagar nada, sino que no se puede tomar posesión de él sin salirse de la ley...», arguye Lecumberri. Una mercancía, el carbón de contrabando, que torna a éste en *res extra commercium*, no apto, por tanto, como objeto del contrato y cuya aceptación por el arrendador adentraría, además, a éste en el terreno del delito de receptación. ¿La [aparente; las partes acordarán finalmente el pago del precio del alquiler en dinero] frustración del acuerdo permitiría a Sabas fundar una reclamación por responsabilidad ante la reserva mental de Lecumberri que ha inducido la formación de un consentimiento viciado? En puridad, ¿hay un consentimiento erróneamente formado? ¿Una reclamación judicial sobre la base de una causa, la apropiación del carbón, ilícita? ¿Una obligación natural, pues? ¿O, tal vez, la inutilidad de los mecanismos judiciales para atender a determinadas demandas? Preguntas de calado surgidas del mundo rural vasco.

VI

Y si el derecho, con mayúsculas y con minúsculas, sale como sale de *El mercader de Venecia*, ofrezcamos un contrapunto en forma de loa a la labor, si no del sistema judicial, sí de algunos jueces, cuyo sentido del deber (hacer

simplemente aquello por lo que se les paga) los convierte en héroes y, para su desgracia, en mártires cuando el juzgar ha de hacerse en un ambiente hostil y a contrapelo del poder. En el asfixiante, corrupto y asesino Perú de los Fujimori y Montesinos, escribirá Alonso Cueto, uno de los más destacados literatos del actual panorama narrativo de aquel país, en su *Grandes miradas*:

—«Pero él siempre la atajaba. Si el Poder Judicial es un estercolero, hay que entrar para salvarlo. Si los abogados decentes se dedican sólo a la actividad privada, ¿qué va a pasar con el sistema de justicia? Vamos, vamos, Guido, no seas iluso. ¿Quién quiere salvar al mundo hoy en día? ¿Quién le lleva flores a Bolognesi, Guido? No seas loco. ¿Quieres salvar al mundo, Guido? Sálvate tú por lo menos. Y él arremetía. ¿Qué pasa si todos los abogados se dedican a la actividad privada? ¿Y cómo va a irles bien a los abogados privados si el sistema judicial es una basura, pues? Un juzgado no es una oficina, un juez no es un trabajador así nomás, es un *dios de los hechos*, les da su valor, los hace significar algo, un juez es una brújula, alguien a quien los justos del mundo observan con esperanza, así la gente puede creer que todo lo bueno el trabajo, el amor, la honestidad, son posibles, que la vida en comunidad, que la sociedad tiene sentido. ¿No te das cuenta? Bueno, así será, como tú dices. Te insisto, ¿cómo van a trabajar los abogados privados si no hay un sistema judicial decente, Gaby?».

Palabras que el gran Piero Calamandrei de seguro habría incorporado a su *Elogio de los jueces escrito por un abogado*, obra de 1935, que se abre con un «De la fe en los jueces primer requisito del abogado». El texto de cabecera, en la traducción de Santiago Sentís Melendo e Isaac José Medina Garijo, este segundo, hijo del que fuera Presidente del Tribunal Supremo de España, Diego Medina, prologuista de la primera edición en castellano, reza así:

«¿Quién fue el autor de la expresión, cómoda y vil, *habent sua sidera lites* [también las litis tienen sus estrellas], mediante la cual, bajo decoroso manto latino, se quiere significar en realidad que la justicia es un juego que no hay que tomar en serio? La inventó seguramente un profesional sin escrúpulos ni entusiasmo, que quería con ello justificar todas las negligencias, adormecer todos los remordimientos, evitar todas las fatigas. Pero tú, joven abogado, no te encariñes con este proverbio de resignación cobarde, enervante como un narcótico: quema la hoja en que lo encuentres escrito, y cuando hayas aceptado una causa que creas justa, ponte con fervor a trabajar, en la seguridad de que, quien tiene fe en la justicia, consigue siempre, aun a despecho de los astrólogos, hacer que cambie el curso de las estrellas».

Veinte años más tarde Calamandrei publicaría una tercera edición, notablemente ampliada, en realidad, como dijera Eduardo J. Couture en el prólogo a la edición castellana de aquella, un nuevo libro, o, mejor, dos libros superpuestos, tipográficamente diferenciados por los asteriscos que introducen los añadidos de 1954, a través de los que es fácil rastrear la nociva huella

que el fascismo dejara en la visión, bastante más pesimista ahora, del insigne procesalista florentino. Como pesimista es, al trasluz de la excepcional figura del juez Guido, asesinado a la postre por los esbirros del régimen, la que refleja Alonso Cueto del sistema judicial de su país bajo el tenebroso manto de Montesinos.

VII

Y al lado de las grandilocuentes palabras y más o menos excelsas concepciones, las más pedestres instituciones jurídicas. La [no sin antes rendir tributo a ese monumento del derecho sucesorio que son las *Memorias* de José María de Segarra] de la *usucapión* o *prescripción adquisitiva*, sin ir más lejos, a través, en este caso, de esa patética, una más, figura que deambula por el café de doña Rosa, en la adaptación que en este punto hiciera Mario Camus de la homónima obra de Camilo José Cela, en busca de un piadoso, aunque no desinteresado, oído, la figura del sempiterno aspirante a ingresar en la Academia de Jurisprudencia y Legislación, que paga con un café la atención de quienes están dispuestos a escuchar su discurso-refutación de las tesis de don Felipe Clemente de Diego ... y Gutiérrez, pues este último, Gutiérrez, era el apellido materno del ilustre civilista y presidente del Tribunal Supremo, y no el de Diego, primer apellido y, por tanto, paterno de aquel a quien sus progenitores pusieran dos nombres, Felipe y Clemente. Un error muy extendido en vida del propio don Felipe, que así lo hiciera creer a sus contemporáneos, al firmar sin su segundo apellido sus conocidas *Instituciones de Derecho Civil*.

La obra de Cela es, en efecto, esa magistral novela coral de *La Colmena*, en modo alguno un mero remedo, como pretenden sus detractores, de *Manhattan Transfer* de John dos Passos. Obra esta última, por cierto, traducida al castellano por José Robles Pazos, asesinado en los primeros días de nuestra Guerra Civil y cuya peripecia ha sido novelada por Ignacio Martínez de Pisón en *Enterrar a los muertos*, libro que se cierra con el recordatorio de que en algunas recientes ediciones de la novela de dos Passos aparezca como traductor, para escarnio de la memoria del legítimo, otro Robles, Carlos Robles Piquer.

Pues bien, en *La Colmena* del nobel gallego, don Ibrahim de Ostolaza y Bofarull, voz impostada y gesto de patricio romano, declamará, y adviértase la intercalada anticipación que de la reacción del auditorio se hace nuestro académico, ante el espejo de su casa:

—«¿Cómo admitir, como quiere el señor Clemente de Diego, que la usucapión sea el modo de adquirir derechos por el ejercicio de los mismos? Salta a la vista la escasa consistencia del argumento, señores académicos. Perdóneseme la

insistencia y permítaseme que vuelva, una vez más, a mi ya vieja invocación a la lógica; nada, sin ella, es posible en el mundo de las ideas. (Aquí, seguramente, habrá murmullos de aprobación) ¿No es evidente, ilustre senado, que para usar algo hay que poseerlo? En vuestros ojos adivino que pensáis que sí. (A lo mejor, uno del público dice en voz baja: "Evidente, evidente") Luego si para usar algo hay que poseerlo, podremos, volviendo la oración por pasiva, asegurar que nada puede ser usado sin una previa posesión».

Y continúa su imaginario parlamento:

—«Pues bien, señores académicos: así como para usar algo hay que poseerlo, para poseer algo hay que adquirirlo. Nada importa a título de qué: yo he dicho, tan sólo, que hay que adquirirlo, ya que nada, absolutamente nada, puede ser poseído sin una previa adquisición. (Quizá me interrumpen los aplausos. Conviene estar preparado)».

Impertérrito a las cuitas caseras de los vecinos, cuya charla traspasa el tabique, don Ibrahim proseguirá implacable la demolición de las tesis del bueno de don Felipe:

—«Sí, señores académicos, quien tiene el honor de informar ante ustedes cree que sus argumentos no tienen vuelta de hoja. (¿No resultará demasiado popular, un poco chabacano, esto de la vuelta de hoja?) Aplicando al concepto jurídico que nos ocupa, las conclusiones del silogismo precedente (aplicando al concepto jurídico que nos ocupa, las conclusiones del silogismo precedente, quizá quede algo largo) podemos asegurar que, así como para usar algo hay que poseerlo, paralelamente, para ejercer un derecho, cualquiera que fuere, habrá que poseerlo también. (Pausa)».

Y remata como lógica conclusión del silogismo precedente:

—«Y un derecho no puede poseerse, corporación insigne, sin haber sido previamente adquirido. Creo que mis palabras son claras como las fluyentes aguas de un arroyo cristalino. (Voces: sí, sí) Luego si para ejercer un derecho hay que adquirirlo, porque no puede ejercerse algo que no se tiene (¡Claro, claro!), ¿cómo cabe pensar, en rigor científico, que exista un modo de adquisición por el ejercicio, como quiere el profesor de Diego, ilustre por tantos conceptos, si esto sería tanto como afirmar que se ejerce algo que aún no se ha adquirido, un derecho que todavía no se posee? (Insistentes rumores de aprobación)».

«A don Ibrahim [nos dice Cela] vinieron a sacarlo de su dulce sopor unos timbrazos violentos, atronadores, descompuestos»: su quimérica teoría de la usucapción arrumbada por los gritos del vecino que anuncia la muerte de doña Margot.

VIII

Ubi literatura ibi ius: donde hay literatura, bien puede decirse parafraseando el *dictum* clásico, hay derecho. Antes que el cine, y el teatro, fue la literatura. *Doce hombres sin piedad*, *Testigo de cargo*, *El proceso Paradine* o *Matar a un ruiseñor* ponen la escena teatral o el encuadre cinematográfico al servicio del proceso penal, sin duda la rama jurídica, como observara Niceto Alcalá-Zamora, que mejor se presta a su teatralización, en la escena o en la pantalla.

Pero es la palabra escrita, la palabra de la literatura, la verdad de las mentiras, como ha acertado a decir Mario Vargas Llosa, el mejor tamiz ficcional de lo jurídico. Un tamiz, cierto, al servicio de lo estrictamente literario, como en *El proceso*, cuya demoníaca peripecia judicial parece haber inspirado alguna opinión disidente en la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional. Así, en el voto particular a la Sentencia 63/1996 (asunto: Juan Guerra, o, si se prefiere, juez Márquez), en el que, al hilo de las exigencias constitucionales de la instrucción penal, se habla en tono de reproche de instrucción de corte inquisitorial o cuasidemoníaca, en el sentido, aclaran los discrepantes, que el demonio tiene en el pensamiento griego clásico como vulnerador de las reglas de la razón en nombre de una luz trascendente que lo es no sólo del orden del conocimiento sino también del orden del destino.

Una obra, la de Franz Kafka, que ha aportado al imaginario universal un término, lo kafkiano, anudado a una noción más o menos difusa, pero accesible, símbolo y metáfora y alegoría de la insignificancia del ser humano, triste marioneta zarandeada por, más o menos, ocultas fuerzas, quizá las mismas que en el cine persiguen a Dennis Weaver en *El diablo sobre ruedas*, una de las primeras películas de Steven Spielberg.

O un tamiz sin concomitancia con lo kafkiano, aunque sí con la inmarcesible crueldad humana, la nada difusa amenaza de desahucio que fuerza la locura del tío Barret y de resultas la tragedia de la familia de Batiste en *La barraca* del *hollywoodiano* Vicente Blasco Ibáñez.

O, en un orden muy diferente, el que trasluce la figura del cesante, la hispánica contribución del XIX a la historia de la función pública, versión castiza del *spoil system* anglosajón, tal y como puede leerse en *Miau* del garbancero, al decir del exquisito Ramón María del Valle Inclán, don Benito Pérez Galdós. [E, incluso, castizo sobre castizo, la respuesta del señorito a la requisitoria de su pretendida para que fije fecha para la boda: «Cuando entre papá en el poder», apostillada con el irónico descreimiento femenino —«Ilusiones del pobre señor»—, según el libreto de Miguel Ramos Carrión para la zarzuela en un solo acto *Agua, azucarillos y aguardiente* del maestro Chueca].

IX

Y, ya que estamos en el convencionalmente llamado derecho administrativo, y sin salirnos del renglón de los empleados públicos, ofrezcamos una puntada referida al sustento de aquéllos, sus retribuciones. En esa monumental historia de la función pública, aunque velada por la modestia de su título, que es la obra de Alejandro Nieto *Las retribuciones de los funcionarios públicos*, dedica el autor unas páginas a los llamados derechos obvencionales. En el diccionario de la Real se define la obvención, cuyo adjetivo es obvencional, como la «utilidad, fija o periódica, además del sueldo que se disfruta», aclarándose que «úsase más» en plural, así, pues, obvenciones [en *el Seco*, el «Diccionario abreviado del español actual», a cargo de Manuel Seco, Olimpia [de] Andrés y Gabino Ramos, obvención, sustantivo, y obvencional, adjetivo, se definen, respectivamente, como «retribución periódica al margen del sueldo», aclarándose, al igual que en el de la Real, que se usa generalmente en plural, y «[derecho] que se percibe periódicamente, al margen del sueldo» —Aguilar, 2000—].

¿A qué realidad remiten los así nombrados derechos obvencionales? La acepción común transcrita, y formulada, como es natural, de manera sintética, clara y concisa, se corresponde con la noción técnica, que los identifica como aquellas retribuciones que, al margen de los presupuestos públicos, percibían los funcionarios públicos directamente de los ciudadanos por la prestación de los servicios públicos a aquéllos encomendados. Una retribución que engrosaba la nómina no de todos los funcionarios sino de algunos de ellos, precisamente aquellos que formaban parte de determinados cuerpos o escalas, los, más o menos, relevantes en el organigrama administrativo, y a los que se encomendaba, como acaba de decirse, la realización de algunas tareas particularmente significadas de entre las confiadas a la Administración, y que, a su vez, en un gesto de corporativismo clasista, hacían partícipes, en modestas cantidades, todo sea dicho, de estos emolumentos a otros funcionarios menos agraciados o privilegiados.

Ya en la primera página de *Diario de un cazador* de Miguel Delibes, novela de 1955, aparece el término «obvencionales», seguido, en páginas sucesivas, de las pesetas que el protagonista, Lorenzo, bedel, con uniforme, en el instituto de la capital de provincia, además de cazador (¿o, tal vez, al revés?), percibía en tal concepto de los alumnos. Así, «con unas cosas y otras he sacado 20,35 líquidas, que no está mal»; «saqué 19,20 líquidas»; «saqué 21,70 líquidas»; y, para ilustrar acerca no ya del carácter discriminatorio, por privilegiado, de los obvencionales, sino de su dependencia de la antigüedad: «Hoy cobré 615 líquidas. También cobraron los obvencionales, pero a mí no me corresponden porque soy nuevo». Los obvencionales, así pues, también como una suerte de «trienios», que discriminaban por razón de la antigüedad.

Más, con el paso del tiempo, la oportuna consecuencia. En la entrada del 25 febrero, miércoles, registra el diario: «Me soltaron los obvencionales: 385 líquidas, que no está mal. Ya le anuncié a la madre que si entre los tres repartos no alcanzo las dos mil me las completarán para Navidad. La madre abrió el ojo. Al levantarse habría dicho que andaba como mareada, pero con los cuartos se le pasó». Y en la del 20 junio, sábado: «Un día con otro los exámenes me dejan cinco barbos líquidos», y, obvencionales al margen: «De fijo el que aprueba el Francés o el Alemán no me deja con las manos vacías. A cada aprobado de estos que canto suena una ovación. En cambio, no faltan todo el tiempo chavalas llorando por los rincones. Es la vida». Y, en fin, 23 junio, martes: «Terminaron los exámenes. He echado cuentas: 473,65 líquidas, que no está mal».

Mas el nuevo curso trae una desagradable nueva: «Crescencio me comunicó esta mañana que han retirado los obvencionales al personal subalterno. Éramos pocos y parió la abuela. Por lo visto van a centralizarlos para repartirlos sólo entre los catedráticos. Nos han hecho la santísima» [28 noviembre, sábado]. La promesa de un arreglo: «Don Basilio nos prometió que verá de distraer de cualquier partida para compensarnos momentáneamente. Don Basilio es un caballero» [4 diciembre, viernes]. Promesa cumplida, que mitiga la desazón de los asuntos del corazón: «Cinco días sin ver a Anita. Que no olvide que si ella es burra yo lo soy más. Otras mujeres hay. A cambio, don Basilio nos largó hoy las dos mil a tocateja» [18 diciembre, viernes]. Y, como siempre, la voz discrepante: «Aún el señor Moro le hizo ver que de esta manera perdemos la grati de Navidad, pero don Basilio se cabreó y voceó que pedíamos más que un hijo tonto. El señor Moro le dijo que no lo tomara por ahí, pero don Basilio respondió, y con razón, que le dijera por qué otro sitio podía tomarlo». Pero, en fin de cuentas, a la que estamos: «La madre se puso más hueca que un pavo real cuando le di los billetes. Llevaba unos días murria desde que Tino avisó que tampoco vendrán este año. El dinero no le empapa el llanto, pero le enjuga una lágrima, como diría el otro».

Y, viniendo de un cazador empleado de conserje en un centro de enseñanza, el deseo para el nuevo año, según queda registrado en la entrada del 2 enero, sábado: «Sólo pido dos cosas al año nuevo: que la perdiz críe bien y que se resuelva lo de los obvencionales. A Anita que le den tila».

X

En fin, llegados a este punto, conviene poner punto final, al menos a estas palabras. Unas palabras que se han ocupado de las palabras de la Literatura, cuando éstas se ocupan a su propósito de otras palabras, de las palabras del Derecho. Aquéllas utilizan a éstas para sus fines propios, los fines de la Lite-

ratura, que no son, ciertamente, los fines del Derecho, pero que proporcionan una perspectiva, otro punto de vista en la aproximación a la realidad humana, que es, al fin y a la postre, sin vuelta de hoja como diría, a despecho de lo popular y chabacano, don Ibrahim de Ostolaza y Bofarull, el objeto, el único objeto, de la Literatura y el Derecho.

Nota.— El texto que antecede es la versión, ampliada, que el autor, Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Cantabria, dictó en enero de 2006 en la Facultad de Derecho de Santander con motivo del día de San Raimundo de Peñafort.

LA LEY DE PRESUPUESTOS DE ARAGÓN PARA 2015: DE NUEVO SOBRE LA SENDA DE LA CONTENCIÓN DEL GASTO PÚBLICO

JOAQUÍN ÁLVAREZ MARTÍNEZ

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.- II. ESTRUCTURA Y CONTENIDO DE LA LEY DE PRESUPUESTOS DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ARAGÓN PARA EL EJERCICIO 2015: 1. Los estados financieros: A) El estado de gastos. B) El estado de ingresos 2. La parte dispositiva o articulado.

RESUMEN: El presente trabajo tiene por objeto analizar el contenido de la Ley de Presupuestos de la Comunidad Autónoma de Aragón para el ejercicio 2015, distinguiendo, a estos efectos, entre la parte correspondiente a los estados financieros de dicha norma legal (relativos a los gastos y a los ingresos) y el articulado o parte dispositiva de la misma. Junto a lo anterior, se realiza una mención específica a las principales novedades que presenta la referida Ley respecto de los Presupuestos aprobados en el ejercicio 2015.

Palabras clave: Ley de Presupuestos 2015; Comunidad Autónoma de Aragón.

ABSTRACT: This paper deals with the contents of the Community of Aragón Budget Act for the year 2015. Moreover, it is made a distinction between the financial statements part of this Act and the statutory part, underlining the main novelties in relation to the 2015 Budget.

Key words: 2015 Budget Act; Community of Aragón.

I. INTRODUCCIÓN

No es necesario llevar a cabo excesivas reflexiones para poder afirmar que el Presupuesto constituye una institución fundamental de cualquier organización política, circunstancia ésta que ha sido puesta de manifiesto por nuestro Tribunal Constitucional en repetidas ocasiones (1). Buena prueba de ello la constituye el hecho de que la aprobación anual de la Ley de Presupuestos por

(1) Por todas, véase la Sentencia de 18 de abril de 1994, entre muchas otras posteriores.

parte de las diversas Comunidades Autónomas supone una de sus manifestaciones legislativas de mayor importancia —si no la que más—, tal y como hemos venido indicándolo ya en anteriores comentarios a precedentes Leyes de Presupuestos de la Comunidad Autónoma de Aragón (2).

Más aún, la idea arriba expuesta resulta confirmada a la vista de una *doble consideración*: de una parte, y como ha advertido el Tribunal Constitucional (3), porque la Ley de Presupuestos constituye uno de los aspectos fundamentales en que se proyecta el contenido de la *autonomía financiera* de las Comunidades Autónomas reconocida en sede de la Norma fundamental; y, de otra, porque aquélla constituye el instrumento esencial para la *ordenación* económica y la *dirección* de la actividad financiera de las mismas durante un determinado periodo anual.

Siendo esto así, y como viene siendo ya habitual en otros trabajos realizados en torno a esta concreta materia, el presente estudio aborda el análisis del contenido que presentan los Presupuestos de la Comunidad Autónoma de Aragón para el año 2015, realizándose, a lo largo del mismo, una comparativa en relación con los Presupuestos del ejercicio precedente.

Por lo demás, y antes de llevar a cabo dicha labor, conviene señalar que en esta ocasión, y a diferencia de lo sucedido en relación a los Presupuestos del ejercicio 2014, no ha sido preciso recurrir al mecanismo de prórroga presupuestaria, al haberse aprobado los mismos con anterioridad al día 31 de diciembre de dicho año.

II. ESTRUCTURA Y CONTENIDO DE LA LEY DE PRESUPUESTOS DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ARAGÓN PARA EL EJERCICIO 2015

Entrando ya en el análisis de los Presupuestos de la Comunidad Autónoma de Aragón para el año en curso —aprobados por la Ley 13/2014, de 30 de diciembre (4)—, los mismos presentan una estructura idéntica a los de otros entes territoriales, siguiendo, de este modo, la estela marcada desde el año 1983. A este respecto, en ellos cabe distinguir un *doble contenido*: el concerniente a los *estados financieros* —entre los que se incluyen las partidas relativas a los gastos (obligaciones a reconocer) y a los ingresos (derechos a

(2) A este respecto, pueden consultarse, asimismo, los comentarios a las Leyes de Presupuestos de la Comunidad Autónoma de Aragón para los ejercicios 2013 y 2014, realizados, respectivamente, por CARRERAS MANERO y DE MIGUEL ARIAS y publicados en los números 41-42 y 43-44 de esta misma revista.

(3) Sentencias del Tribunal Constitucional de 31 de enero y 21 de mayo de 1986 y de 20 de diciembre de 1988.

(4) Publicada en el B.O.A. núm. 256, de 31 de diciembre.

liquidar y operaciones de endeudamiento)— y el referente a la *parte dispositiva o articulado* (5).

De esta manera, y al igual que en ejercicios precedentes, a lo largo de los siguientes epígrafes se abordará el análisis de la Ley de Presupuestos para el año 2015 centrándonos, en primer lugar, en los estados financieros de gastos e ingresos, para proceder, acto seguido, al examen de las concretas previsiones normativas contenidas en el articulado o parte dispositiva de la referida norma.

1. Los estados financieros

A) Elestado de gastos

El Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Aragón para el ejercicio 2015 incluye unos créditos iniciales por importe de 5.254.454 miles de euros, cifra ésta que, en comparación con los Presupuestos del año precedente (5.374.978 miles), supone una disminución absoluta de 120.524 miles y porcentual del 2,2%; de este modo, se constata, en esta ocasión, un leve descenso de la cantidad presupuestada, invirtiéndose, con ello, la línea marcada en el ejercicio 2014.

Más en concreto, los créditos arriba mencionados se encuentran agrupados de acuerdo con las reglas previstas, a estos efectos, en el artículo 35 del Texto Refundido de la Ley de Hacienda de la Comunidad Autónoma de Aragón, lo cual permite poner de relieve, desde una perspectiva presupuestaria, *qué órgano realiza un específico gasto* (clasificación orgánica), *en qué se gasta* —es decir, la naturaleza del gasto— (clasificación económica) y *para qué se gasta* —esto es, la naturaleza de la actividad a la cual se destina el gasto— (clasificación funcional y por programas). Siendo esto así, el examen del estado de gastos del Presupuesto para el año 2015 será efectuado analizando las clasificaciones orgánica y económica citadas (6).

En lo referente, en primer lugar, a la *clasificación orgánica*, el Presupuesto para al año 2015 presenta un aumento de los créditos para gastos en la mayoría de los Departamentos o Secciones incluidos en aquél, si bien no puede dejar de señalarse que también un tercio de aquéllos han visto sus créditos, o bien equiparados a los del año precedente, o bien disminuidos en el importe que les corresponde.

(5) Las instrucciones relativas a la elaboración de los Presupuestos para el ejercicio 2015 aparecen recogidas en la Orden de 5 de junio de 2014, del Departamento de Hacienda y Administración Pública (B.O.A. núm. 114, de 13 de junio).

(6) Ambas clasificaciones aparecen recogidas en el respectivo Anexo de la Ley de Presupuestos objeto del presente comentario.

Más en concreto, esta última situación se observa, de una parte, en la Sección correspondiente a las Cortes de Aragón, la cual ha visto reducidas sus dotaciones en 92 miles de euros, comportando un mínimo descenso relativo del 0,4%; y, de otra, en la Sección relativa a Diversos Departamentos (151.603 miles menos), lo que conlleva una importante disminución del 14,1% en relación con el Presupuesto del año 2014. Junto a las precedentes, las Secciones o Departamentos que han visto equiparado el importe de sus créditos en relación al Presupuesto precedente están constituidos por el de Presidencia del Gobierno, el Consejo Económico y Social y el Consejo Consultivo de Aragón.

Frente a los anteriores, ven incrementado el importe de sus créditos, en un monto importante, los Departamentos de Obras Públicas, Urbanismo, Vivienda y Transportes (11.527 miles más -9,6%-), de Agricultura, Ganadería y Medio Ambiente (6.843 miles más -0,9%-), de Economía y Empleo (6.614 miles más -3,8%-), de Política territorial e Interior (4.650 miles más -10%-), así como la Sección relativa a las Administraciones Comarcales (3.950 miles más -5,9%-).

Además de los citados en el párrafo precedente, aunque en un nivel inferior desde la perspectiva cuantitativa, también aumentan la cuantía de su partida de créditos los Departamentos de Presidencia y Justicia (4.442 miles más -2,5%-), de Hacienda y Administraciones Públicas (2.278 miles más -4,3%-), de Sanidad Social, Bienestar y Familia (1.866 miles más -0,1%-), de Industria e Innovación (1522 miles más -1,7%-) y, por último, el de Educación, Universidad, Cultura y Deporte (121 miles más -0%-).

Siguiendo con el análisis de la clasificación orgánica, es el Departamento de Sanidad, Bienestar Social y Familia el que presenta, una vez más, una mayor importancia en lo concerniente a su volumen de créditos (con un total de 1.915.682 miles). A dicho Departamento le siguen, como Secciones que presentan un mayor monto cuantitativo, los créditos referidos a Diversos Departamentos (916.878 miles), Educación, Universidad, Cultura y Deporte (912.309 miles) y Agricultura, Ganadería y Medio Ambiente (774.246 miles).

Por su parte, entre los Departamentos o Secciones con un volumen medio de importancia desde un punto de vista cuantitativo se encuentran los de Economía y Empleo (181.368 miles), Presidencia y Justicia (137.233 miles), Obras Públicas, Urbanismo, Vivienda y Transportes (131.431 miles), Industria e Innovación (90.231 miles), Administraciones Comarcales (62.769 miles), Hacienda y Administración Pública (54.286 miles) y, por último, el de Política Territorial e Interior (50.475 miles).

Por lo demás, y como ha venido sucediendo a lo largo de los años precedentes, las Secciones que presentan una menor dotación en el conjunto del Presupuesto del presente ejercicio son las relativas a las Cortes de Aragón

(23.711 miles), Presidencia del Gobierno (3.005 miles), Consejo Económico y Social (500 miles), así como al Consejo Consultivo de Aragón (323 miles).

De la forma indicada en los párrafos precedentes aparecen desglosados, desde la perspectiva de la clasificación orgánica, los 5.374.978 miles de euros previstos en el estado de gastos de la Ley de Presupuestos de la Comunidad Autónoma de Aragón para el año 2015, destinándose los mismos al cumplimiento de las diversas obligaciones contraídas por los Departamentos y Órganos de nuestra Comunidad.

Efectuado lo anterior, procedemos, a continuación, a la exposición del estado de gastos de los referidos Presupuestos de conformidad con la *clasificación económica*. De conformidad con tal clasificación, los créditos para gastos del presente ejercicio aparecen agrupados, como es habitual, en *dos grandes grupos*: el referido a las Operaciones Corrientes (Capítulos I a IV) y el relativo a las Operaciones de Capital y Financieras (Capítulos V a IX), debiendo señalarse, a estos efectos, que los créditos atribuidos para las primeras operaciones citadas (4.115.606 miles) supera, de manera amplia, el importe total de los créditos destinados a las segundas (1.138.847 miles), hasta el punto de llegar, casi, a cuadruplicarlo (7).

Más en concreto, y en lo referido a los distintos Capítulos que integran esta clasificación, resulta destacable el hecho de que mientras que la mayoría de los gastos correspondientes a las operaciones corrientes incrementan su cuantía, casi la totalidad de los que integran las operaciones de capital ven disminuido su importe en relación a lo previsto en el Presupuesto del ejercicio precedente.

A estos efectos, y entre los Capítulos que más ven aumentado el monto de sus créditos desde la perspectiva cuantitativa, se encuentran los relativos a Transferencias Corrientes (44.779 miles más), Bienes Corrientes y Servicios (26.317 miles más), Gastos de Personal (7.855 miles más), así como la cuantía aportada al Fondo de Contingencia (170 miles más) (8), lo que comporta respectivamente, unos incrementos porcentuales del 3,3%, 4%, 0,4% y 0,7%.

(7) En idéntico sentido, y a título de ejemplo, cabe advertir que los Presupuestos para el ejercicio 2014 destinaban a las Operaciones Corrientes unos créditos totales de 4.074.077 miles, elevándose los créditos correspondientes a las Operaciones de Capital y Financieras a 1.300.900 miles.

(8) El deber de consignar la dotación denominada Fondo de Contingencia en los Presupuestos de las Comunidades Autónomas aparece previsto en el artículo 31 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, a cuyo tenor «La cuantía y las condiciones de aplicación de dicha dotación será determinada por cada Administración Pública en el ámbito de sus respectivas competencias». Por su parte, y en cuanto a la normativa aragonesa, el artículo 15 de la Ley 5/2012, de 7 de junio, de Estabilidad Presupuestaria de Aragón dispone, a estos efectos, que «Dentro del límite del gasto no financiero fijado anualmente para la Comunidad Autónoma, se incluirá un concepto presupuestario bajo la rúbrica Fondo de Contingencia por importe mínimo del 0,5% del citado límite».

Frente a ello, los Capítulos que, en esta ocasión, ven disminuido el importe de sus créditos son los relativos a Pasivos Financieros (136.942 miles menos), Gastos Financieros (21.709 miles menos), Transferencias de Capital (21.709 miles menos), Inversiones Reales (4.892 miles menos) y, por último, Activos Financieros (3.643 miles menos), cifras que, comparadas con las previstas en los Presupuestos del año 2014, suponen, respectivamente, un decremento del 18,6%, 8,7%, 8,7%, 2,5% y 46%.

Por su parte, y entre los Capítulos que presentan un mayor monto global en sus dotaciones desde el punto de vista de la clasificación económica de gastos, se encuentran los referidos a Gastos de Personal (1.810.251 miles) y Transferencias Corrientes (1.401.732 miles), situándose a la estela de estos últimos los referentes a Bienes Corrientes y Servicios (676.059 miles), Pasivos Financieros (595.467 miles), partidas todas ellas que representan en su conjunto aproximadamente el 85% del Presupuesto de Gastos.

Por lo demás, y como viene siendo ya pauta común, los Capítulos que presentan una importancia cuantitativa inferior en este punto son los referentes a Transferencias de Capital (326.348 miles), Gastos Financieros (227.563 miles), Inversiones Reales (189.457 miles), Fondo de Contingencia (23.273 miles) y Activos Financieros (4.300 miles).

Una vez concluido el análisis de los créditos recogidos en el estado de gastos del Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Aragón para 2015 desde la perspectiva de la clasificación económica, debemos proceder, a continuación, al examen del estado de ingresos de dichos Presupuestos, determinando, con ello, las fuentes de financiación de los referidos gastos.

B) El estado de ingresos

Y a estos efectos, debe señalarse, en primer lugar, que el estado de ingresos del Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Aragón para el ejercicio 2015 asciende, con carácter aproximado, a la cantidad de 5.254.454 miles de euros, de los cuales 4.290.152 miles corresponden a derechos económicos a liquidar durante el citado ejercicio, mientras que los restantes 964.301 miles representan el importe autorizado de las operaciones de endeudamiento que puede contraer dicha Comunidad. A estos efectos, la primera de las cifras aludidas coincide con la prevista en relación al estado de gastos, presentándose, de este modo, unos Presupuestos formalmente equilibrados (9).

(9) La necesidad de que el Presupuesto de nuestra Comunidad aparezca equilibrado se encuentra recogida, de forma expresa, en el artículo 34 del Texto Refundido de la Ley de Hacienda de la Comunidad de Aragón, sin que el actual Estatuto de Autonomía Aragonés recoja entre sus preceptos una previsión de este tenor.

En lo que atañe al análisis del estado de ingresos, los mismos aparecen estructurados desde el punto de vista de la *clasificación económica*, utilizando, a tal fin, una *doble categoría*: la relativa a los Ingresos Corrientes (Capítulos I a V) y la referente a los Ingresos de Capital y Financieros (Capítulos VI a IX). A estos efectos, en los Presupuestos para el año 2015 el importe total al que ascienden los Ingresos indicados en primer lugar es de 4.108.900 miles de euros, cuantía que viene a triplicar sobradamente el importe conjunto de los Ingresos de Capital y Financieros, los cuales se elevan a 1.145.554 miles.

Centrándonos, en primer lugar, en los *Ingresos Corrientes*, cabe señalar que sólo dos de los Capítulos que los integran presentan un aumento con respecto a lo previsto en los Presupuestos de 2014; en concreto, dicho incremento se produce en sede de los Capítulos de Impuestos Directos (44.331 miles más) y de Impuestos Indirectos (111.411 miles más), lo que, en términos relativos, implica, respectivamente, sendos aumentos del 3,5% y 7%. Por lo demás, el Capítulo relativo a las Tasas y Otros Ingresos presenta también un ligerísimo aumento cuantitativo, incrementándose en 14 miles de euros más, cantidad ésta que no tiene relevancia alguna desde el punto de vista del incremento porcentual (0%).

Frente a lo anterior, y entre los Capítulos que ven disminuidos sus ingresos en el presente ejercicio, se encuentran el relativo a las Transferencias Corrientes (54.722 miles menos) y el referente a los Ingresos Patrimoniales (1.506 miles menos), cuantías éstas que suponen, respectivamente, sendos descensos porcentuales del 5,7% y 5,5% respecto del ejercicio 2014.

Por su parte, y ya en lo concerniente a los *Ingresos de Capital y Financieros*, el único de sus Capítulos que sufre una rebaja en su importe total, en relación con la presupuestada en el ejercicio anterior, es el referente a Enajenación de Inversiones Reales (2.092 miles euros menos), cifra que conlleva un decremento porcentual del 7,1%.

En contraposición a ello, los restantes Capítulos de esta naturaleza experimentan sendos incrementos, siendo destacable, en particular, el acontecido en el Capítulo de Pasivos Financieros (199.300 miles de euros), lo cual representa un aumento porcentual del 17,2% respecto de la cantidad prevista en el Presupuesto del ejercicio precedente. Junto a lo anterior, también aumentan en su importe los Capítulos de Activos Financieros (525 miles más) y de Transferencias del Capital (18.136 miles), cantidades estas últimas que suponen, respectivamente, sendos incrementos del 12,4% y 10,5 %.

Una vez concluido el estudio comparativo de los estados de ingresos incluidos en los Presupuestos de los ejercicios 2014 y 2015, y centrándonos ya, en concreto, en el examen de este último, puede comprobarse, una vez más, cómo los gastos a que ha de hacer frente la Comunidad Autónoma de Aragón vienen a financiarse, principalmente, a través de las siguientes *fuentes*:

Impuestos Indirectos (1.716.656 miles), Impuestos Directos (1.321.280 miles), Pasivos Financieros (960.590 miles) y, por último, Transferencias Corrientes realizadas por otros Entes Públicos y ciertos Organismos Autónomos (905.340 miles).

A su vez, y siguiendo la línea ya marcada en ejercicios precedentes, ostentan una importancia media desde la perspectiva de su cuantía los Capítulos relativos a las Transferencias de Capital (con un importe de 154.252 miles de euros) y el referido a las Tasas y Otros Ingresos (139.780 miles).

Por último, son los Capítulos de Enajenación de Inversiones Reales (27.000 miles), Ingresos Patrimoniales (25.842 miles) y Activos Financieros (3.711 miles) los que presentan una menor dotación económica, representando, aproximadamente, el 1% de los ingresos previstos para el ejercicio 2015.

Con la indicación arriba efectuada concluye el análisis del origen y cuantía de las diferentes cantidades integrantes del estado de ingresos de la Ley de Presupuestos de la Comunidad Autónoma de Aragón para el año 2015, finalizando así el examen de sus estados financieros. Empero, ello no agota el estudio de aquélla, ya que, como es bien sabido, nos encontramos en presencia de una auténtica norma jurídica, siendo preciso llevar a término el análisis de las previsiones recogidas en su articulado para entender, en toda su amplitud, el contenido, significado y efectos de los referidos Presupuestos, pues, no en vano, tales preceptos precisan el destino y límites de los créditos previstos en el estado de gastos, legitiman la obtención de determinados ingresos (operaciones de crédito y endeudamiento) y regulan diversos aspectos de los mismos.

2. La parte dispositiva o articulado

La parte dispositiva de la Ley de Presupuestos de la Comunidad Autónoma de Aragón para el año 2015 se encuentra integrada por 47 artículos —distribuidos en un total de 10 Títulos—, 34 Disposiciones Adicionales, 2 Disposiciones Transitorias y una Disposición Final. De este modo, aquélla vuelve a reiterar —con muy pocas variaciones— el esquema y contenido que dicha Ley ha venido presentando en ejercicios precedentes.

En lo que respecta al Título primero de la Ley de Presupuestos objeto de nuestro análisis, el mismo lleva por título «DE LA APROBACIÓN Y CONTENIDO DE LOS PRESUPUESTOS» (artículos 1 a 3) y viene a aprobar, en su artículo 1, el contenido global de los ingresos y gastos del sector público de la Comunidad Autónoma de Aragón para el año 2015. Por otro lado, su artículo 2 recoge el importe estimativo de los beneficios fiscales correspondientes a los tributos cedidos —el cual tiene un carácter meramente informativo y que, en el presente ejercicio, se eleva, aproximadamente, a la cantidad de 746

millones de euros— (10), dándose cumplimiento a lo dispuesto, en este punto, en los artículos 21.1 de la L.O.F.C.A. (11) y 111.2 del Estatuto de Autonomía de Aragón (12).

Por su parte, el artículo 3 de la Ley de Presupuestos procede a la actualización del importe de las tasas exigidas en el ámbito de nuestra Comunidad Autónoma (13), las cuales se mantienen en idénticos términos al año precedente en cuanto a su importe, con la única excepción de lo establecido, a este respecto, en la Ley de Medidas Fiscales y Administrativas para el ejercicio 2015.

Procediendo ya al examen del contenido del Título segundo de la Ley de Presupuestos —«DE LOS CRÉDITOS Y SUS MODIFICACIONES» (artículos 4 a 12)—, el mismo regula tanto el régimen aplicable a los créditos presupuestarios contenidos en el estado financiero de gastos, como las alteraciones que pueden llegar a producirse en relación con ellos durante el ejercicio.

A estos efectos, el artículo 4.1 del referido Texto legal recuerda el carácter *limitativo* y *vinculante* de los créditos autorizados en los diferentes programas de gasto en lo atinente a las clasificaciones orgánica y funcional por programas; junto a ello, el artículo 4.2 del mismo procede a complementar esta previsión en lo que se refiere a la clasificación económica, estableciendo la vinculación que, a nivel de artículo, capítulo o concepto, resulta aplicable a cada uno de los diferentes Capítulos que integran la referida clasificación.

No obstante, dicho carácter limitativo viene a excepcionarse en el artículo 6.1 de la Ley que se comenta, el cual enumera una serie de créditos del estado de gastos a los cuales se confiere la condición de ampliables, de acuerdo con la autorización conferida, a estos efectos, por el artículo 40 del Texto Refundido

(10) De los cuales 681 millones corresponden al Impuesto sobre el Valor Añadido y a los Impuestos Especiales regulados y gestionados por el Estado y los 65 millones restantes corresponden a Impuestos regulados y gestionados por el Estado.

(11) En cuya virtud: «Los presupuestos de las Comunidades Autónomas tendrán carácter anual (...) y en ellos se consignará el importe de los beneficios fiscales que afecten a los tributos atribuidos a las referidas Comunidades».

(12) De acuerdo con el cual: «El presupuesto de la Comunidad Autónoma será único e incluirá la totalidad de los gastos e ingresos del sector público autonómico, así como el importe de los beneficios fiscales correspondientes a los tributos que generen rendimientos a la Hacienda aragonesa», inciso este último que constituye una novedad respecto del Estatuto originario, el cual no contemplaba, en su artículo 55, previsión alguna en este sentido.

(13) Posibilidad ésta expresamente prevista en el artículo 8.2 de la Ley 5/2006, de 22 de junio, de Tasas y Precios Públicos de la Comunidad Autónoma de Aragón, a cuyo tenor: «Para adecuar las tarifas de las tasas al valor del uso de los bienes de dominio público o al coste variable de la prestación de servicios o realización de actividades en régimen de Derecho público que las motivan, las Leyes de Presupuestos de la Comunidad Autónoma podrán modificar los elementos cuantificadores de las mismas, aun cuando ello no esté previsto en la Ley específica de creación del tributo».

de la Ley de Hacienda de la Comunidad Autónoma de Aragón (14). A estos efectos, y persiguiendo la financiación de los mismos, el artículo 6.2 de la referida Ley prevé que ésta se lleve a cabo a través del recurso a alguno de los *tres siguientes medios*: mediante la baja en otros créditos para gastos y, de forma excepcional, por medio de mayores ingresos o con remanentes de tesorería que tengan una adecuada cobertura.

Junto a las circunstancias que acaban de ser mencionadas, el carácter vinculante de los créditos para gastos se ve nuevamente excepcionado en el artículo 7 de la Ley de Presupuestos, el cual contempla la posibilidad de llevar a cabo las transferencias de crédito recogidas en dicho precepto, cuya autorización aparece supeditada, empero, tanto a la evolución de los recursos que financian el Presupuesto, como al adecuado cumplimiento de los objetivos de estabilidad presupuestaria (15).

Por lo demás, y junto a las precisiones realizadas en los párrafos precedentes, el artículo 5 de la Ley de Presupuestos para el ejercicio 2015 viene a fijar los criterios de imputación temporal de los gastos consignados en la misma, indicando, en primer lugar, que con cargo a los respectivos créditos sólo podrán contraerse obligaciones derivadas de adquisiciones, obras, servicios y demás prestaciones o gastos realizados en el año natural correspondiente al ejercicio presupuestario, regla ésta que, no obstante, es objeto de diversas excepciones tasadas.

En este sentido, y continuando la senda mantenida en anteriores Leyes de Presupuestos, el apartado segundo del artículo 5 de la Ley analizada permite imputar a los créditos del Presupuesto del ejercicio en vigor el pago de las obligaciones derivadas de alguna de las *tres causas siguientes*: a) reconocimiento y liquidación de atrasos por retribuciones o indemnizaciones

(14) Entre tales créditos se incluyen, por ejemplo, aquellos derivados de transferencias de competencias de la Administración General del Estado o de otras Administraciones Públicas que se efectúen este ejercicio, los destinados a retribuciones del personal de la Comunidad Autónoma o los dirigidos al pago de intereses y demás gastos derivados de operaciones de endeudamiento.

(15) El principio de estabilidad presupuestaria constituye, desde el año 2001, uno de los principios presupuestarios básicos, apareciendo recogido en la actualidad en sede del artículo 135.1 de nuestra Constitución. Junto a ello, el referido principio se contempla en el artículo 21.1 de la L.O.F.C.A. y en el artículo 3 de la Ley Orgánica de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, precepto éste de acuerdo con el cual «Se entenderá por estabilidad presupuestaria de las Administraciones Públicas la situación de equilibrio o superávit estructural». Por otro lado, también el artículo 3 de la Ley de Estabilidad Presupuestaria de Aragón viene a hacer alusión a la estabilidad presupuestaria, disponiendo su apartado primero que «Se entenderá por estabilidad presupuestaria, en relación con los sujetos a los que se refiere el artículo 2.2.a) de esta Ley, la situación de equilibrio o de superávit, en términos de capacidad de financiación, de acuerdo con la definición contenida en el Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales».

a favor del personal al servicio de la Comunidad Autónoma; b) compromisos de gastos debidamente adquiridos en ejercicios anteriores, previa autorización del Consejero de Hacienda y Administración Pública; o c) gastos derivados de compromisos contraídos en ejercicios precedentes en los que se ha omitido el trámite de fiscalización cuando éste sea preceptivo, previa convalidación de los mismos por el Gobierno de Aragón.

Junto a lo anterior, el apartado tercero del precepto mencionado en el párrafo precedente prevé la posibilidad de imputar a los Presupuestos de 2015 las obligaciones derivadas de la amortización anticipada de las operaciones de endeudamiento, del pago anticipado de las subvenciones otorgadas para subsidiar puntos de interés o las correspondientes a adquisiciones por precio aplazado de bienes inmuebles y bienes muebles de naturaleza artística cuyo importe sea superior a 620.000 euros.

Por su parte, el artículo 8 del Texto legal analizado hace uso efectivo de la autorización contenida en el artículo 44 del Texto Refundido de la Ley de Hacienda de la Comunidad Autónoma de Aragón, en la medida en que aquel precepto contempla la posibilidad de que se incorporen a los Presupuestos del año 2015 los remanentes de créditos procedentes del ejercicio anterior, incorporación ésta que debe ser efectuada de forma excepcional y de manera condicionada a la existencia de cobertura financiera acreditada a través de remanentes de tesorería o baja en otros créditos.

Por lo demás, el artículo 11 de la Ley de Presupuestos incorpora la posibilidad de que, a través de un acuerdo del Gobierno de Aragón y a propuesta del Consejero de Hacienda y Administración Pública, puedan efectuarse ajustes en los estados de gastos e ingresos siempre que ello resulte necesario para conseguir los objetivos de estabilidad presupuestaria o bien cuando proceda legalmente. Adicionalmente, dicho Consejero se encuentra autorizado para disponer la no liquidación o, en su caso, la anulación y baja en contabilidad de todas aquellas liquidaciones de las que resulten deudas inferiores a la cuantía que se fije como insuficiente para la cobertura del coste correspondiente a su exacción y recaudación.

Según se deriva de las previsiones que acaban de ser enumeradas, los preceptos contenidos en el Título segundo de la Ley de Presupuestos del ejercicio 2015 confieren tanto al Gobierno autonómico, como al Consejero competente en materia de Hacienda, importantes facultades en lo atinente a la gestión de ciertos créditos presupuestarios; de hecho, tales facultades —las cuales recoge el Texto Refundido de la Ley de Hacienda de nuestra Comunidad— implican que el órgano de Gobierno de la misma o el referido Consejero determinarán, en numerosas situaciones, la cuantía y el destino definitivos de los gastos públicos. Precisamente por ello, no resulta extraño que el mencionado Título concluya previendo, en su artículo 12, una cautela en relación con la modificación de

créditos, al exigir que ésta deberá recogerse en un expediente que exprese las razones que la justifiquen, el precepto legal que la autorice, la sección, servicio, programa, concepto o subconcepto afectados por la misma, el fondo financiador, el proyecto de gasto, así como las posibles desviaciones que, como consecuencia de aquélla, puedan llegar a producirse en la ejecución de los programas de gasto y en la consecución de los correspondientes objetivos.

De manera adicional, dicho precepto recoge la obligación de remitir a las Cortes de Aragón, con periodicidad mensual, el conjunto de las resoluciones relativas a las modificaciones presupuestarias antes indicadas que tengan lugar en el referido periodo temporal, indicando, en cada una de ellas, los datos concernientes al programa, servicio o concepto, el proyecto de gasto, la cuantía de la modificación, la autoridad que las aprueba, la normativa en la cual se apoya y su fecha de aprobación. De este modo, permanecen inalteradas las específicas obligaciones de información a las que debe darse cumplimiento en las hipótesis de realización de las operaciones citadas en los párrafos precedentes.

El Título tercero de la Ley de Presupuestos para el ejercicio 2015 —que lleva por rúbrica «DE LA GESTIÓN DEL PRESUPUESTO» (artículos 13 a 16)— contiene una serie de previsiones cuyo objetivo esencial reside en tratar de evitar la aparición de desfases presupuestarios derivados de la adopción de ciertas decisiones, incluidas las que comportan repercusiones en el gasto para ejercicios futuros.

En este sentido, el artículo 13 de la susodicha Ley prevé, como ha venido resultando habitual en este punto, que cualquier proyecto normativo cuya aplicación pueda comportar un incremento del gasto en el ejercicio 2015, o en otro posterior, tendrá que incluir una memoria económica que ponga de relieve las eventuales repercusiones presupuestarias de su ejecución y la forma en que serán financiados los gastos ocasionados por la nueva normativa (16). De hecho, la citada obligación afecta a toda propuesta de acuerdo o resolución, condicionándose su efectividad a que el órgano proponente disponga de financiación adecuada, de acuerdo con los programas de gasto cuya gestión le corresponda.

En lo que concierne a los compromisos de gasto de ejercicios futuros, el artículo 15 de la Ley de Presupuestos otorga al Consejero de Hacienda y

(16) A estos efectos, cabe recordar que el artículo 7.3 de la Ley Orgánica de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera precisa que «Las disposiciones legales y reglamentarias, en su fase de elaboración y aprobación, los actos administrativos, los contratos y los convenios de colaboración, así como cualquier otra actuación de los sujetos incluidos en el ámbito de aplicación de esta Ley que afecten a los gastos o ingresos públicos presentes o futuros, deberán valorar sus repercusiones y efectos, y supeditarse de forma estricta al cumplimiento de las exigencias de los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera».

Administración Pública la competencia para acordar la autorización de gastos plurianuales en los supuestos a los que se refiere el artículo 41.2, letras b) y e), del Texto Refundido de la Ley de Hacienda de la Comunidad Autónoma de Aragón (17), cualquiera que sea el número y porcentaje de gasto de las anualidades, correspondiendo al Gobierno de Aragón dicha competencia en el resto de las hipótesis contempladas en el último precepto citado. Junto a ello, el primero de los preceptos indicados establece que incumbe al mencionado Consejero la autorización de los gastos que se tramiten anticipadamente para el ejercicio inmediato siguiente, así como del gasto de ejercicios futuros en los casos no contemplados de modo expreso.

De forma adicional, y al objeto de hacer realidad el objetivo expresado tres párrafos antes, el artículo 14 de la Ley de Presupuestos para 2015 confiere al Consejero de Hacienda y Administración Pública la posibilidad de acordar retenciones en los créditos para gastos cuya financiación se lleve a cabo con recursos afectados, y ello hasta el instante en que exista constancia del ingreso o de la asignación de los mismos a la Comunidad, situación ésta que sólo resulta excepcionada en aquellos supuestos en que tales retenciones puedan afectar a intereses sociales de carácter básico.

De la forma en que ha quedado expuesta, las normas contenidas en el Título tercero de la Ley de Presupuestos para el presente ejercicio otorgan al Gobierno o al Consejero competente en materia de Hacienda determinadas facultades esenciales en sede presupuestaria. Ello se refleja, nuevamente, en relación con los créditos que amparan proyectos financiados con fondos estructurales o de carácter finalista, puesto que el ya mencionado artículo 14 de la referida Ley concede al Consejero de Hacienda y Administración Pública la facultad de autorizar, en estas situaciones, aquellas modificaciones presupuestarias que resulten necesarias para permitir la adecuada justificación y gestión de tales fondos.

Por lo demás, el artículo 16 del Texto normativo ahora examinado hace alusión a las transferencias a organismos públicos, estableciéndose que, con carácter general, el reconocimiento de las transferencias nominativas destinadas a los mismos o a la Universidad de Zaragoza se realizará con periodicidad mensual por doceavas partes.

Una vez precisado lo anterior, es el Título cuarto de la Ley de Presupuestos de la Comunidad Autónoma de Aragón para el año 2015, el que se ocupa de regular la materia referente a «LOS CRÉDITOS DE PERSONAL» (artículos 17 a 31).

(17) Tales hipótesis son aquellas en que los citados gastos plurianuales tienen por objeto contratos de suministros, de asistencia técnica y científica o de arrendamiento de bienes que no pueden ser estipulados por el plazo de un año o que este plazo resulte más gravoso o bien operaciones de endeudamiento.

Más en concreto, este Título establece el régimen retributivo aplicable, por una parte, a los miembros del Gobierno regional, así como a otros cargos públicos de similar naturaleza y, por otro, al personal —funcionario, laboral o interino— del sector público adscrito al servicio de nuestra Comunidad durante el ejercicio 2015. No obstante, el contenido de tales previsiones no será objeto de un análisis detallado por tratarse ésta de una cuestión que excede claramente de los límites del presente trabajo.

En todo caso no puede dejar de señalarse el hecho de que las retribuciones de este ejercicio experimentan, en relación con las del año 2014, idéntica variación a la establecida, acerca de esta misma cuestión, en la Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2015, previsión que, según reconoce de forma expresa el artículo 17.1 de la Ley de Presupuestos de Aragón, se enmarca en las bases de la planificación general de la actividad económica en materia de gastos de personal al servicio del sector público.

En este sentido, este precepto prevé, en su inciso final y con buena lógica, la obligatoriedad de que cualquier acuerdo o convenio que conlleve un crecimiento retributivo superior al establecido se adecue a lo dispuesto en el mencionado artículo, resultando inaplicables, en caso contrario, las cláusulas que se opongan al mismo.

El Título quinto de la Ley de Presupuestos para el presente ejercicio, bajo la rúbrica de «DE LAS TRANSFERENCIAS A ENTIDADES LOCALES Y DE LAS ACTUACIONES DE POLÍTICA TERRITORIAL» (artículos 32 y 33), constituye la manifestación de la coordinación financiera existente entre las Administraciones de la Comunidad Autónoma de otras Entidades territoriales de Aragón.

En este sentido, el artículo 32 de la mencionada Ley se ocupa de los criterios de gestión del Fondo Local de Aragón, el cual aparece integrado por el conjunto de transferencias destinadas a las Entidades Locales de Aragón a las que se aluden en los Presupuestos de esta Comunidad como apoyo al desarrollo y gestión de las diversas actividades competencia de aquéllas. En concreto, este Fondo viene desarrollado en el Anexo I de la Ley de Presupuestos y se encuentra compuesto de programas específicos relativos a tales Entidades y de determinados programas sectoriales (en la parte a ellas referida).

Junto a lo anterior, dicho precepto prevé la posibilidad de que el Gobierno de Aragón establezca líneas de subvención del citado Fondo Local dirigidas a financiar la colaboración en el mantenimiento de actuaciones o servicios que sean de competencia compartida entre la Comunidad Autónoma de Aragón y sus Entidades Locales.

En lo que respecta a la gestión del Fondo Local de Aragón, el Gobierno autonómico ha de informar trimestralmente a la Comisión de Hacienda, Presupuestos y Administración Pública de las Cortes de Aragón sobre el grado de ejecución y destino específico de los créditos contenidos en aquél, debiendo

indicarse su destinatario e importe, así como la específica actividad que se apoya y la operación financiada (artículo 32.3).

A su vez, el artículo 33 de la Ley de Presupuestos regula los Programas de Apoyo a la Administración Local y de Política Territorial, los cuales aparecen desglosados también en el Anexo I del mencionado Texto legal. En este sentido, el Programa de Política Territorial constituye un instrumento multisectorial de ordenación del territorio y da cabida a un conjunto de dotaciones cuyo objetivo primordial aparece centrado en conseguir la adecuada vertebración territorial y social de nuestra Comunidad, pudiendo ejecutarse aquéllas tanto mediante actuaciones de la propia Administración autonómica, como a través de medidas de fomento de entidades públicas o privadas.

El Título Sexto de la Ley de Presupuestos comentada en estas páginas —«DE LAS OPERACIONES FINANCIERAS» (artículos 34 a 38)— procede a concretar el régimen aplicable a las operaciones de crédito o endeudamiento que contraiga la Comunidad Autónoma de Aragón (incluidas las de sus organismos autónomos y empresas), así como el de los avales que aquélla conceda a lo largo del año 2015.

En lo referente al mencionado ejercicio presupuestario, el importe máximo al que pueden ascender las operaciones de endeudamiento o crediticias que efectúe el Gobierno de Aragón es, aproximadamente, de 960 millones de euros (artículo 34.1), cantidad esta última, como ya hemos indicado en un instante previo, superior a la prevista para el año 2014. A estos efectos, y como es habitual, tal endeudamiento podrá ser formalizada en una o en varias operaciones, tanto en el interior como en el exterior, en moneda nacional o en divisas, en atención a lo que resulte más conveniente para los intereses de nuestra Comunidad. Sea como fuere, y con independencia de su modalidad, las referidas operaciones de endeudamiento han de ajustarse en todo momento a lo regulado en la normativa vigente en la materia (18).

Por otro lado, el Gobierno de Aragón se encuentra también facultado para acordar la refinanciación o sustitución del endeudamiento vivo con el fin de conseguir una disminución en el importe de los costes financieros actuales o

(18) A este respecto, cabe recordar que las operaciones de endeudamiento llevadas a cabo por las Comunidades Autónomas se encuentran sometidas a las limitaciones y requisitos recogidos en el artículo 14 de la L.O.F.C.A. Así, una de dichas limitaciones —prevista en el apartado tercero de este precepto— se refiere a la necesidad, por parte de las referidas Comunidades, de obtener autorización del Estado para concertar operaciones de crédito en el extranjero y para la emisión de deuda o cualquier otra apelación al crédito público, autorización que, según dispone el citado artículo, deberá tener presente el cumplimiento de los objetivos de estabilidad presupuestaria. La susodicha autorización es necesaria, asimismo, en cualquier otra operación de crédito concertada por una Comunidad Autónoma cuando se constate que esta última ha incumplido el mencionado principio de estabilidad presupuestaria.

futuros; asimismo, se permite al Consejero Hacienda y Administración Pública la concertación de operaciones de derivados financieros —opciones, permutas, etc.— que contribuyan a mejorar la gestión o la carga financiera de la Comunidad, siempre que ello no comporte un incremento de la deuda viva autorizada.

Por su parte, el artículo 35 de la Ley de Presupuestos para 2015 regula la posibilidad de que los organismos públicos, empresas y demás entes del sector público de nuestra Comunidad Autónoma puedan concertar, en determinadas condiciones, operaciones de endeudamiento. En esta línea, y para los supuestos en que éstas sean a largo plazo (más de un año), dichos organismos deberán contar con la autorización previa del Departamento de Hacienda y Administración Pública, requisito que también se exige respecto de aquellas operaciones crediticias por plazo inferior a un año cuando su importe, individual o conjunto, sea superior a 50.000 euros a lo largo del ejercicio.

Asimismo, y ya en lo referente a los avales públicos (artículo 36), es el Gobierno de Aragón quien, a propuesta conjunta de los Consejeros Hacienda y Administración Pública y Economía y Empleo, ostenta la competencia para su concesión, pudiendo otorgarse aquéllos a empresas radicadas en Aragón —con prioridad para las PYMES— respecto de las operaciones concertadas por las mismas con la finalidad de garantizar la creación o permanencia de puestos de trabajo. Empero, el importe total de los citados avales no podrá rebasar la cantidad de 150 millones de euros —cuantía ésta idéntica a la prevista en el ejercicio anterior— y su otorgamiento exigirá la previa autorización de la Comisión de Economía y Presupuestos de las Cortes de Aragón en los casos en que los avales propuestos —o acumulando los anteriores recibidos— superen la cantidad de 6 millones de euros.

Además de lo anterior, y en buena lógica, la concesión del aval exige el cumplimiento de una serie de requisitos de diversa índole. En concreto, debe acreditarse que no existen deudas pendientes de pago con la Administración General del Estado, la Comunidad Autónoma o con la Seguridad Social, debiendo demostrar además los sujetos beneficiarios de aquél que no han sido sancionados —mediante sanción firme, por infracciones graves o muy graves— por las autoridades laborales competentes, así como también el cumplimiento de la normativa vigente en materia de residuos. Asimismo, y en el caso de empresas privadas, se establece la obligación de presentar los estados económico-financieros con el fin de estimar su viabilidad.

Acto seguido, el artículo 37 hace referencia a la posibilidad de formalizar —con autorización del Gobierno de Aragón y a propuesta del Consejero de Hacienda y Administración Pública— contratos de reafianzamiento y aval con sociedades de garantía recíproca que tengan su domicilio en Aragón por una cuantía máximo global de 20 millones de euros, estableciéndose, de forma concreta, las condiciones específicas exigidas para ello.

Por último, y ya para finalizar el presente Título, el artículo 38 de la Ley de Presupuestos prevé que el Departamento de Economía y Empleo realizará las actuaciones que correspondan a nuestra Comunidad Autónoma derivadas de la Ley reguladora de Incentivos Regionales para la corrección de desequilibrios económicos interterritoriales.

El Título séptimo de la Ley de Presupuestos lleva por nombre «DE LOS CRÉDITOS Y ACCIONES PARA EL FOMENTO DEL EMPLEO Y LA COMPETITIVIDAD» (artículos 39 a 41). A través del mismo, se da continuidad al Fondo —ya previsto en los Presupuestos del ejercicio 2014— que tiene como objetivo prioritario la creación de empleo. A estos efectos, es el Gobierno de Aragón, a propuesta de la Comisión Delegada de Asuntos Económicos, quien determina las líneas de subvención y los programas o proyectos de inversión dirigidos a financiar las iniciativas que contribuyan al fomento del empleo y a la mejora de la competitividad, incluyéndose en el anexo IV de la Ley de Presupuestos del presente año los importes de los diferentes Departamentos destinados a tal fin.

Por lo que respecta al Título octavo —«DE LOS CRÉDITOS Y ACCIONES PARA LA INCLUSIÓN SOCIAL Y LA AYUDA FAMILIAR URGENTE» (artículos 42 y 43)—, y también en la línea de lo previsto en el ejercicio 2014, el mismo viene a ocuparse referido del Fondo del mismo nombre, el cual aparece configurado como un conjunto de acciones y transferencias de carácter social y socioeducativo dirigidas a hacer frente a situaciones personales, familiares y colectivas de mayor vulnerabilidad o riesgo de exclusión social.

A tal fin, se prevé que la gestión del citado Fondo se efectúe por el Gobierno de Aragón, el cual podrá determinar las líneas de subvención y los programas o proyectos de inversión que se dirijan a financiar las iniciativas que contribuyan a reforzar las políticas contra la exclusión social, siendo el Consejero de Hacienda y Administración Pública el encargado de autorizar las transferencias precisas entre los créditos de operaciones de capital para adecuarlas a la forma en que vaya a instrumentarse su gestión.

En lo referente al título IX de la Ley ahora comentada —«DE LOS CRÉDITOS Y ACCIONES DEL FONDO TERRITORIAL Y RURAL» (artículos 44 y 45)—, el mismo aparece conformado por el conjunto de inversiones y transferencias de capital dirigidas a fomentar actuaciones de desarrollo del territorio en el ámbito rural cofinanciadas por el Fondo Europeo Agrícola de Desarrollo Rural (FEADER) y la Comunidad Autónoma, el cual se encuentra dotado en el presente ejercicio con algo más de 15 millones de euros, correspondiendo al Gobierno de Aragón la determinación de los proyectos y programas de inversión a desarrollar.

Por lo demás, el último —y novedoso— título de los que integran la Ley de Presupuestos de la Comunidad Autónoma de Aragón para el ejercicio 2015 aparece referido a los «CRÉDITOS Y ACCIONES PARA COMPENSAR LA

FINANCIACION DESTINADA A LA MEJORA DE LA CALIDAD EN LA UNIVERSIDAD DE ZARAGOZA» (artículos 46 y 47).

En concreto, se dota, con carácter temporal y excepcional, un Fondo específico de 1,5 millones de Euros, previéndose la posibilidad de incluir en este Fondo cualquier otro recurso o transferencia que persiga idénticos fines a los ya señalados, así como también la posibilidad de acudir, en caso de necesidad, a las partidas previstas en el Fondo de Contingencia de Ejecución Presupuestaria. Junto a ello, se prevé la obligación del Gobierno de Aragón de informar, con carácter trimestral, a la Comisión de Educación, Universidad, Cultura y Deporte de las Cortes de Aragón sobre el grado de ejecución y destino específico del referido Fondo.

Una vez concluido el análisis de los diferentes Títulos integrantes de la Ley de Presupuestos de Aragón para el ejercicio 2015, resulta imprescindible aludir, siquiera sea de forma sucinta, a distintas *cuestiones* que aparecen reflejadas en sede de las Disposiciones Adicionales de la referida Ley: 1) la tarifa del Impuesto sobre la Contaminación de las Aguas; 2) la determinación del régimen al que se sujeta la concesión de subvenciones y ayudas con cargo al Presupuesto de la Comunidad; 3) el establecimiento de diversos criterios de gestión de algunos créditos presupuestarios y 4) la dotación del Fondo de Contingencia de Ejecución Presupuestaria.

En lo referente a la primera de las cuestiones mencionadas, es la Disposición Adicional 23ª de la Ley ahora comentada la que —según prevé la Ley de Ordenación y Participación en la Gestión del Agua en Aragón (19)— establece la tarifa del Impuesto sobre la Contaminación de las Aguas aplicable (el anteriormente denominado «Canon de Saneamiento»). A este respecto, dicha Disposición procede a distinguir entre los usos domésticos y los industriales, fijándose, asimismo, el componente fijo y el variable de dicho tributo.

En segundo lugar, y ya en lo concerniente al régimen de las subvenciones (Disposiciones Adicionales 2ª a 5ª), la Ley de Presupuestos recoge la exigencia de que el solicitante de aquéllas acredite la circunstancia de encontrarse al corriente de sus obligaciones tributarias y con la Seguridad Social (salvo cuando el importe de la subvención no exceda de 1.000 euros por beneficiario y año o se destine a finalidades específicas (20)), así como el adecuado cumplimiento de la normativa vigente en materia de tratamiento de residuos y el no haber sido objeto de sanción por la autoridad laboral competente.

(19) Ley 6/2001, de 17 de mayo (artículo 58.1).

(20) Como, por ejemplo, las destinadas a la contratación de seguros agrarios o la formación universitaria, la realización de proyectos y actividades de investigación o las establecidas para la formación del personal investigador.

De manera adicional, la concesión de una subvención a un beneficiario de un aval previo (aunque sea para una operación distinta) exigirá la autorización del Gobierno de Aragón, régimen aplicado también en la hipótesis contraria, esto es, en aquellas situaciones en que, tras haber obtenido una subvención, se solicite un aval con posterioridad. En cualquier caso, y salvo en los supuestos excepcionales autorizados por dicho Gobierno, se establece la prohibición de concurrencia, respecto de un mismo proyecto, de aval y subvención.

Junto a lo anterior, se exige que tanto la Administración de la Comunidad Autónoma como sus organismos autónomos y empresas deban publicar en el B.O.A., con carácter trimestral, un listado-resumen de todas las subvenciones y ayudas otorgadas, indicando, entre otras cuestiones, el programa y línea de subvención, el beneficiario, la finalidad y la cuantía. De manera adicional, se dispone que una vez finalizado el ejercicio presupuestario, deberá remitirse a la Comisión de Hacienda, Presupuestos y Administración Pública de las Cortes de Aragón un listado-resumen de las subvenciones otorgadas a lo largo de todo el año, ordenado por programas y líneas de subvención.

Por su parte, y en lo atinente a la tercera de las cuestiones arriba indicadas —gestión de ciertos créditos presupuestarios—, la Disposición Adicional 1ª de la Ley objeto del presente comentario se ocupa de esta materia en lo que atañe al Presupuesto de las Cortes de Aragón, correspondiendo a las Disposiciones Adicionales 9ª y 19ª, respectivamente, el establecimiento de previsiones específicas en torno a la gestión de los créditos concernientes a los Capítulos relativos a Diversos Departamentos y a las Administraciones Comarcales.

Por lo demás, y ya para concluir, la Disposición Adicional 9ª hace mención al Fondo de Contingencia de ejecución Presupuestaria, el cual tiene como finalidad la cobertura de ciertas contingencias, con especial consideración a las materias de incendios, social, educativa, universitaria y de investigación. Más en concreto, dicho Fondo aparece dotado, en el año 2015, con un importe aproximado de 23 millones de euros, cuantía ésta que puede verse incrementada a lo largo del ejercicio mediante modificaciones presupuestarias y de cuya aplicación ha de informar trimestralmente el Departamento de Hacienda y Administración Pública a las Cortes de Aragón.

BIBLIOGRAFÍA

JORDANO FRAGA, Jesús (dir.), *El urbanismo de la crisis: la regularización de la edificaciones ilegales y el régimen de asimilación a fuera de ordenación*, Madrid, Tecnos, 2015, 296 págs.

En Andalucía se calcula que existen unas 300.000 viviendas en situación irregular, lo que provoca un problema jurídico en materia de edificación y a la par, social, de primer orden. Las soluciones parece que deben transitar dos cauces bien distintos: admitir su regularización o bien negar esta posibilidad de acuerdo a la defensa de los planes urbanísticos y su inmodificabilidad, con el objetivo de promover el uso racional y sostenible de los recursos naturales y proteger el medio ambiente y el paisaje.

La posición de la Junta de Andalucía es clara, muchas de estas edificaciones pueden ser regularizadas y salir así del «limbo jurídico» en el que parecen encontrarse. Por un lado, el Decreto 2/2012, de 10 de enero, *por el que se regula el régimen de las edificaciones y asentamientos existentes en suelo no urbanizable en la Comunidad Autónoma de Andalucía* estableció los requisitos necesarios y el procedimiento aplicable para el reconocimiento por los Ayuntamientos y su tratamiento por los planes urbanísticos de aquellas edificaciones existentes que se encuentran en suelo no urbanizable, de acuerdo a su forma de implantación (aisladas, asentamientos urbanísticos, hábitat rural diseminado) como por su adecuación o no a las determinaciones establecidas por la ordenación territorial y urbanística. Ahora bien, no todas las edificaciones construidas en suelo no urbanizable podían ser regularizadas bajo el amparo del Decreto 2/2012, como es el caso de las edificaciones con más de seis años de antigüedad, que no sean propiamente edificaciones aisladas, y que estén en parcelaciones urbanísticas. El proyecto de reforma de la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía (LOUA) pretende ir más allá y nace con la vocación de buscar una solución jurídica a estas edificaciones.

La obra que se recensiona es fruto de las Jornadas «El urbanismo de la crisis: la regularización de la edificaciones ilegales y el régimen de asimilación a fuera de ordenación», celebradas en la Universidad de Sevilla, el viernes 7 de noviembre de 2014 y organizadas por el Grupo de investigación Urbanismo y Ordenación del Territorio en Tiempos de Crisis (P11-SEJ-7758), Proyecto de Excelencia de la Junta de Andalucía, liderado por el Prof. JORDANO FRAGA y que contó con la colaboración del Instituto Universitario de Investigación García Oviedo de esta Universidad.

En esta línea, la obra aborda desde el punto de vista práctico los problemas que subyacen de la regulación de las edificaciones ilegales y el régimen

de asimilación a fuera de ordenación regulado en la Comunidad Autónoma de Andalucía. Teniendo en cuenta lo anteriormente expuesto, esta obra colectiva elaborada por nueve expertos en la materia, se estructura en dos partes, cada una de las cuales, organizada en diferentes capítulos y siguiendo una estructura coherente. En el presente libro se nos ofrece un análisis profundo acerca de uno de los temas de más actualidad dentro del urbanismo, de esta forma, la obra constituye un referente en la actualidad jurídica de la materia, con un indudable valor que presenta relevantes aportaciones doctrinales al problema que se plantea. Constituye así una lectura imprescindible tanto para profesionales interesados en el sector, como para estudiosos del Derecho administrativo.

Tiene dos partes diferenciadas, en la primera parte se realiza una profunda investigación sobre la teoría general de la edificación ilegal y su regularización, mientras que en la segunda parte de la obra, se lleva a cabo una exhaustiva investigación del régimen de asimilación fuera de ordenación en el suelo no urbanizable en Andalucía con la presentación de las principales novedades que introduce el anteproyecto de Ley de modificación de la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía (LOUA). En este sentido, debe destacarse que la legalización de viviendas irregulares en suelo no urbanizable únicamente es posible en los supuestos previstos, pues la normativa impone una serie de límites jurídicos que deben ser respetados en todo caso.

Centrándonos en la primera parte de la obra, el primer capítulo titulado «Teoría general de la regularización de las edificaciones ilegales; la regularización en Andalucía: AFO (asimilado a fuera de ordenación) y anteproyecto de Ley por el que se modifica la Ley 7/2002, de ordenación urbanística de Andalucía de 7 de octubre de 2014», elaborado por JORDANO FRAGA, se centra en primer lugar en desarrollar las características básicas de la regularización de las edificaciones irregulares, prestando especial atención a los límites jurídicos presentes en los procesos de regularización para posteriormente, centrarse en cómo el regulador ha desarrollado los supuestos en los que la regularización se produce por el transcurso del tiempo, como consecuencia de la caducidad de las potestades de disciplina; esto es, construcciones fuera de ordenación urbanística (las conocidas con las siglas AFO —asimilado a fuera de ordenación—).

A juicio del autor tanto el Decreto AFO como el anteproyecto de Ley son insuficientes, pues no se adecuan a las necesidades sociales y económicas de la realidad que vivimos. En su opinión carece de sentido seguir manteniendo un modelo urbanístico uniforme en todo el territorio nacional cuando la naturaleza y la vocación del territorio son distintas. Además, los límites que se imponen a la construcción en suelo no urbanizable común genera perversiones del sistema y no son congruentes con la realidad social actual que ha superado con creces el modelo agrario —ahora es industrial—, a la par que están avocados a su incumplimiento. En esta línea, es más sensato potenciar

los usos del suelo no urbanizable común que permitan inyectar recursos en el ámbito rural y endurecer la protección del suelo no urbanizable de especial protección. En todo caso, se debe exigir al legislador que actúe con sentido común; la Ley debería distinguir entre los casos más acuciantes, en los que el derribo puede ser consecuencia de una gran torpeza.

La situación de fuera de ordenación puede considerarse como una de las instituciones más importantes en urbanismo. Como señala, VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, autora del capítulo II «Elementos definitorios de la situación jurídica de fuera de ordenación y su distinción de otros supuestos asimilados a la misma», este concepto en su concreción originaria se refería únicamente a la situación en la que pasa a integrarse la instalación, construcción o uso cuya existencia estaba amparada por el planeamiento bajo cuya vigencia se ejecutó o implantó, pero que resulta disconforme con el nuevo régimen de ordenación dispuesto tras la revisión o modificación de aquél. El efecto más inmediato de esta declaración, es que no se permitirán obras que puedan suponer que la construcción pueda alargar su vida útil. En este marco, la autora explica claramente el alcance y las consecuencias limitativas de la situación de fuera de ordenación.

En la actualidad, el régimen aludido contempla otro supuesto, el de construcciones sin licencia respecto de las que han transcurrido los plazos de disciplina urbanística, en los que la Administración, aun habiendo actuado en plazo, ha dictado una resolución acordando la demolición, sin embargo causas sobrevenidas imposibilitan un cumplimiento alternativo de la resolución administrativa; esta situación ha sido conceptualizada por el regulador andaluz como Situación Asimilada al Fuera de Ordenación (AFO).

En el desarrollo de la segunda parte de la obra, en el capítulo III, «El régimen de asimilación a fuera de ordenación en el suelo no urbanizable en Andalucía», GAMERO RUIZ analiza con claridad los aspectos jurídicos y técnicos de las situaciones de asimilación a fuera de ordenación, en el marco y horizonte de la reforma de la LOUA. La principal novedad del anteproyecto de Ley es que las edificaciones de más de seis años de antigüedad, construidas sobre parcelaciones poco pobladas, puedan reconducir su situación y obtener la declaración de AFO.

A juicio de la autora, la reforma es necesaria en la medida en la que las declaraciones individualizadas de AFOS en su configuración actual, no resultan los instrumentos idóneos para afrontar el tratamiento de las edificaciones situadas en celaciones/asentamientos no integrables en el modelo urbanístico. El efecto de la reforma, desde el punto de vista de la operatividad jurídica, implica otorgarle a los AFOS un protagonismo y empuje paralelos al de los planes urbanísticos.

El capítulo IV, titulado «Las disconformidades con la ordenación urbanística vigente: las situaciones jurídicas de fuera de ordenación y de asimilado a fuera

de ordenación en la Comunidad Autónoma Andaluza, elaborado por CORTÉS MORENO realiza un amplio y exhaustivo repaso de la evolución normativa del Derecho Urbanístico Andaluz, concretamente en lo que a las irregularidades urbanísticas se refiere partiendo de la siguiente premisa: el proceso de legalización bajo el pseudónimo de regularización de edificaciones que contravienen la legalidad urbanística, supone un claro fracaso del sistema en sí que responde a dos causas, por un lado a la incapacidad del poder público de ejecutar las acciones de disciplina urbanística y por otro lado, por el exceso, continuo y complejo cambio normativo.

Continuando con el análisis de los aspectos más relevantes de la regulación jurídica de la «situación de asimilación a fuera de ordenación», cuyo origen es jurisprudencial, en el capítulo V «El régimen de asimilación a fuera de ordenación en el suelo no urbanizable en Andalucía: los núcleos y el hábitat rural diseminado», GUTIÉRREZ COLOMINA realiza un estudio general del régimen del suelo, tanto a nivel estatal como autonómico, profundizando en los cambios legislativos que afectan de manera especial al régimen del suelo no urbanizable. A juicio del autor, existen una serie de puntos débiles que están dificultando la aplicación del Decreto 2/2012, y la regularización de edificaciones, con la consiguiente confusión y malestar entre los propietarios de las viviendas en el SNU que son objeto de regularización por la anterior norma. Al respecto, debe destacarse el análisis que GUTIÉRREZ COLOMINA realiza de la situación, así como las soluciones que propone para una mejor ordenación de la demanda residencial en el suelo no urbanizable en la Comunidad Autónoma.

Como se ha señalado previamente, la situación de AFO implica que la Administración tolere construcciones realizadas al amparo de la ilegalidad. Precisamente, SÁCHEZ SÁEZ, autor del capítulo VI titulado «Edificaciones asimiladas a fuera de ordenación en Andalucía: pecado, expropiación y redención» se muestra muy crítico con esta situación. A lo largo de su estudio se encarga de identificar las patologías de las que adolece la regulación urbanística andaluza, prestando especial atención a la figura de los AFOS. De esta forma, identifica como una de las causas principales que la LOUA es muy estricta a la hora de regular los usos autorizables mediante licencia en suelo no urbanizable, que prohíbe el uso residencia. Ahora bien, no solo responsabiliza de la situación al legislador, los intereses económicos de los particulares, los intereses de las Administraciones, las presiones de inversionistas extranjeros y los intereses electorales entre otros, son el germen de esta tolerancia inaceptable a juicio del autor. Concretamente aduce que el actual régimen jurídico urbanístico de las edificaciones asimiladas a fuera de ordenación, provoca un trato discriminatorio a favor de los propietarios o promotores que las iniciaron actuando de mala fe, otorgándoles una seguridad jurídica que les garantiza que su casa no va a ser derribada. Por tanto, no parece justo igualar las consecuencias jurídicas de las FO y de las AFO, tal y como hace el Decreto 2/2012.

Respecto al Anteproyecto de la reforma de la LOUA, SANCHEZ SÁEZ se muestra contrario a reconocer las construcciones objeto de modificación. A juicio del autor, ello trae consigo un reconocimiento en masa contrario a la protección del interés público ínsito en la tutela de los valores del suelo no urbanizable. Al respecto plantea una interesante propuesta de reforma legislativa que incluye entre otras medidas modificar la LOUA para meter, en el artículo 185.2 LOUA, la no prescriptibilidad de la acción de protección de la legalidad urbanística en relación con construcciones clandestinas en suelos no urbanizables, cuando en ellas se den los supuestos 4º y 5º de las normas de aplicación directa del artículo 57 LOUA. También propone incluir en el procedimiento de reconocimiento de AFO, la obligación del propietario solicitante de pagar una indemnización proporcional al volumen de la construcción objeto de dicho procedimiento. Dentro del capítulo, debe destacarse el amplio recorrido jurisprudencial que el autor realiza sobre casos en los que las parcelaciones urbanísticas son contempladas como actos de edificación en lotes de una misma finca con la intención de crear núcleos de población.

En el capítulo VII, «El impacto del Decreto 2/2012 en los municipios según la perspectiva de la administración local», elaborado por GARRIDO JIMÉNEZ se encarga de analizar las relaciones que se generan entre las Administraciones Municipales y los propietarios de inmuebles ejecutados al margen de la legalidad urbanística, y para los que no es posible adoptar medidas de reposición de la realidad física alterada. En este sentido, el autor sostiene que uno de los aspectos más problemáticos del Decreto de 2012 ha sido el derivado del cumplimiento de la normativa urbanística que en última instancia permite asimilar una edificación a un uso. Así, GARRIDO JIMÉNEZ sostiene que parece que el legislador ha optado por evitar responsabilidades en medio de la disyuntiva entre definir unas condiciones regladas para cada uso urbanístico y dar las facilidades suficientes para que las edificaciones puedan acogerse a esta vía. En cuanto a la modificación en curso de la LOUA, considera necesario valorar las cargas administrativas y económicas que se trasladan a quien debe impulsar el procedimiento, así como la motivación que tendrá para asumirla.

Siguiendo en el plano local, en el capítulo VIII «El impacto del decreto 2/2012 en los municipios. Perspectiva de la administración local», ARTEAGA FERNÁNDEZ realiza un recorrido por los puntos más conflictivos del Decreto 2/2012, ofreciendo una visión completa y de conjunto de esta norma autonómica y el modo de actuar de las administraciones locales y de la administración andaluza.

Como hemos señalado anteriormente, el Decreto 2/2012 diferencia las situaciones en las que se encuentran las edificaciones tanto por su forma de implantación (aisladas, asentamientos urbanísticos, hábitat rural diseminado) como por su adecuación o no a las determinaciones establecidas por la orde-

BIBLIOGRAFÍA

nación territorial y urbanística. En el último capítulo, titulado «Aspectos prácticos de la aplicación del Decreto 2/2012, de 10 de enero, respecto de los núcleos y el hábitat rural diseminado», DÍAZ ARROYO se centra en abordar los supuestos de regularización colectiva de edificaciones ubicadas en suelo no urbanizable: los núcleos y el hábitat rural diseminado». El autor ofrece una visión pragmática de ambas formas de regularización de asentamientos, prestando especial atención a aquellas cuestiones que revisten un mayor interés desde la óptica de la práctica administrativa.

En definitiva, esta obra presenta con gran claridad los aspectos más controvertidos de la regulación autonómica, recogiendo argumentos y reflexiones de gran interés que permiten ofrecer una visión del estado de la cuestión actual de un tema complejo y problemático como lo es el régimen de las edificaciones y asentamientos en suelo no urbanizable. Este libro, que reúne a un importante elenco de especialistas, es de obligada consulta para autoridades, funcionarios públicos, magistrados y jueces, abogados y, en general, cualquier operador jurídico interesado en urbanismo ya que proporciona todas las herramientas teóricas para un análisis riguroso y actual de la materia.

IRENE RUIZ OLMO

Joel KOTKIN, *The city. A global history*, London, Weidenfeld & Nicolson, 2005, 218 pp. (traducción española de F. RAMOS, Barcelona, Random House Mondadori, 2006, 298 pp.).

El autor, profesor de estudios urbanos en Chapman University (Orange, California), elabora una síntesis de la historia de la ciudad en el mundo. Emplea para ello una amplia y al propio tiempo selecta bibliografía que, no obstante, se limita a la publicada en inglés.

Partiendo de las que parecen ser las primeras experiencias propiamente urbanas en Mesopotamia y el Mediterráneo, donde terminan afirmándose las clásicas Atenas y Roma, van exponiéndose los procesos de auge, continuidad y decadencia que rodean el fenómeno ciudadano en todo el planeta. Pueden así seguirse las grandes líneas de evolución de las urbes en la India, China o los amplios territorios del Islam, con explicaciones sobre las oportunidades perdidas por estos modelos urbanos. Después, se explica la recuperación de la primacía por la ciudad europea renacentista y su exportación a los dominios coloniales. Finalmente, tras poner de relieve las contradicciones de la ciudad industrial, se estudia un conjunto de factores que ayuda a comprender las modernas metrópolis.

El autor concede particular importancia al elemento espiritual en la creación y mantenimiento de las ciudades. Y no hay duda de que, junto a los aspectos defensivos y económicos, la religión ha representado un destacado papel en la construcción y conservación de muchos e importantes fenómenos urbanos. Sobradamente conocidos son, en tal sentido, no sólo los grandes centros religiosos, sino tipos singularmente más modestos, pero no por ello de menor significado conjunto, como la ciudad episcopal medieval, que extendió y consolidó notablemente las relaciones feudales.

Sin embargo, aun reconociendo la importancia y el significado de esos y otros ejemplos de impulso urbano ligado a las creencias, parece difícil estimar que éstas constituyan elemento esencial para explicar el éxito de todas las ciudades. En efecto, salvo que visualicemos cualquier sistema de ideas como una religión, parece claro que ha habido y hay grandes experiencias urbanas ligadas a otros factores determinantes que nos permiten identificar ciudades de negocios, de cultura, de ocio, etc.

El modelo urbano dominante en la actualidad viene constituido, para el autor, por la forma de crecimiento disperso que representan los *suburbs* en las experiencias de Estados Unidos, Australia o Canadá. Conectando con

el simultáneo trabajo monográfico de Robert BRUEGMANN (*Sprawl: a compact history*, University of Chicago Press, 2005, 308 pp.), defiende las periferias residenciales como modo de crecimiento urbano que ha permitido a amplias clases medias acceder a niveles de libertad, privacidad, movilidad y calidad de vida que anteriormente sólo resultaban accesibles a los ricos y poderosos. Plantea el gigantismo de las megalópolis del presente como una carga, al ir acompañadas de fenómenos de delincuencia, congestión y contaminación que les hacen perder valor frente a otras poblaciones más pequeñas, mejor gestionadas y menos agobiantes.

Se trata ciertamente de un fenómeno mundial que puede constatarse a lo largo y ancho del planeta. Recientemente, desde el portal NewGeography.com, Wendell COX («*Dispersion in Europe's cities*», publicado el 18 abril 2015), ponía de manifiesto el dominio del crecimiento suburbano en Europa Occidental conforme a los datos proporcionados *United Nations Urban Agglomerations List* para 1971-2011. Así, las 24 áreas urbanas más pobladas incrementaron su población en 9,1 millones de habitantes, producto de combinar el aumento de 9,7 millones en los suburbios y el descenso de 600.000 en los centros urbanos. En ese mismo período, los porcentajes de crecimiento suburbial fueron del 450 por ciento en Madrid, del 327 por ciento en Toulouse y del 108 por ciento en Lisboa.

Similares conclusiones aporta el análisis de 79 ciudades españolas llevado a cabo por el MINISTERIO DE FOMENTO (*Capitales & Ciudades +100. Información estadística de las ciudades españolas 2010*), donde se constatan los cambios en el modelo de crecimiento urbano en el período 1987-2006. Predomina el desarrollo de suelos residenciales de baja densidad, con incremento de las redes de infraestructuras y los grandes complejos comerciales y de ocio en el entorno de las grandes ciudades, en emplazamientos con suelos más baratos que en los centros urbanos, todo ello con fundamento en un incremento de la movilidad basado en el automóvil.

Conviene quizá precisar que la amplia difusión del modelo no tiene que identificarse con una decidida preferencia del mismo en los términos que propugnan estos autores. Ante todo ha de ponerse de relieve la excesiva generalidad de los datos que manejan, pues no todo crecimiento de una ciudad puede ser identificado con el fenómeno de la ciudad dispersa espontáneamente configurada. En efecto, la urbanización de nuevos ámbitos puede hacerse para atender a necesidades reales en términos planificados y conectando con el entramado urbano, exista o no continuidad física entre las partes del mismo. Los problemas del crecimiento disperso de las ciudades se relacionan más bien con el aislamiento de las nuevas urbanizaciones, que puede traducirse en la formación de guetos, bien directamente cuando agrupan a una población de escasos recursos económicos, bien indirectamente cuando albergan a gentes de

alto nivel económico y van acompañadas de la terciarización o vandalización de los cascos urbanos tradicionales.

No obstante, hay un aspecto del modelo suburbial norteamericano que merece una particular atención. Así, tal y como ya se propugnaba en la rupturista visión urbanística y arquitectónica de Robert VENTURI y otros (especialmente en *Learning from Las Vegas*, 1977), dentro de la gran ciudad dispersa (por ejemplo, en la costa oeste de Estado Unidos) cabe identificar interesantes fenómenos organizativos de los distintos conjuntos residenciales. Las comunidades, tan anodinas y difíciles de diferenciar desde fuera, tienden a resolver por sí mismas problemas comunes de abastecimiento, comercio, circulación, cultura, ocio y otros, generando señas de identidad y mecanismos de solidaridad típicos de las administraciones locales formalizadas. De ahí que nuestro autor y otros propugnen una descentralización territorial que tenga decididamente en cuenta las nuevas unidades territoriales espontáneamente formadas y desarrolladas.

Creo que merecería la pena reflexionar sobre estas cuestiones, que suscitan una problemática siempre presente en los espacios metropolitanos: la necesidad de combinar las escalas grandes y pequeñas. Así como el gran tamaño permite disfrutar de grandes servicios, hay decisiones de ordenación urbana y prestaciones ciudadanas que reclaman el tratamiento descentralizado. Ello implica dividir el enorme poder municipal concentrado en las macro-ciudades, formando unidades territoriales aptas para una mayor participación ciudadana. De esta manera quizá sería viable establecer sistemas de relación fiables para las diversas partes de la gran ciudad, evitando la dialéctica de enfrentamiento entre el núcleo central y las periferias urbanas. La tiranía del primero podría resultar notablemente amortiguada si dejara de presentarse como un bloque monolítico ajeno a los diferentes barrios históricos que lo componen; y también cabe pensar que tanto los planteamientos insolidarios como los victimistas presentes en los ámbitos peri-urbanos encontrarían así más adecuadas vías de expresión y solución.

FERNANDO LÓPEZ RAMÓN

MAGONI, Clizia: *Fueros y libertades. El mito de la constitución aragonesa en la Europa moderna* (traducción de Antonio Pérez Martín), El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2012.

No viene mal que desde fuera nos hagan valorar la importancia histórica de alguna de las señas de identidad de lo aragonés. Un magnífico trabajo de la profesora italiana Clizia MAGONI muestra la relevancia que para la historia de las ideas políticas tuvo la peculiar forma en que los aragoneses supieron autorregular las relaciones de poder para la salvaguarda de las libertades, en un contexto muy lejano del que, varios siglos después, permitiría la aparición de los Estados liberales y democráticos de Derecho.

Como es sabido, el historiador y cronista Jerónimo de Blancas, en sus *Aragonensium rerum comentarii* (1588), forjó *ex novo* el texto supuestamente perdido de unos legendarios *Fueros de Sobrarbe*, entendidos como *leyes fundamentales* de Aragón, y lo hizo reelaborando los usos y criterios acumulados por una larga tradición jurídica y jurisprudencial, afirmando la antigüedad fundacional y consiguiente intangibilidad de las costumbres de gobierno del Reino —en el que «antes fueron leyes que reyes»— y de los derechos políticos de los aragoneses, muy amenazados entonces por la pulsión absolutista de Felipe II, titular de la nueva *monarquía hispánica* en la que Aragón se había integrado, aunque conservando —de momento— sus instituciones privativas.

Pero, al margen de la mitificación del origen de aquellas normas, lo cierto es que Aragón desarrolló a lo largo de la Edad Media una *constitución* que, basada en el pacto, pretendía la separación y equilibrio de los poderes, la limitación de los del gobernante y la garantía frente a él de los derechos y libertades de los gobernados. El juramento de fidelidad que éstos, a través de sus representantes en las Cortes del Reino, le prestaban estaba condicionado a que el monarca, a su vez, jurase y respetara los fueros, «y si no, no», en cuyo caso podría incluso ser destituido. El cuadro se completaba con la interposición de un alto magistrado, el *Justicia Mayor*, competente para dirimir con total independencia las causas de *contrafuero* en que pudiera incurrir el rey (utilizando para ello las entonces insólitas garantías procesales de la *firma de derecho* y la *manifestación*), y cuya institución le habrían impuesto los aragoneses, a tenor de una fórmula emblemática: «Nos, que valemos tanto como vos, y podemos más que vos, os elegimos Rey con estas condiciones, y que entre vos y nos haya uno que mande más que vos».

La tensión entre esos principios de pactismo y gobierno limitado y la natural tendencia de la soberanía regia a su propio fortalecimiento ocasionó

importantes discordias civiles a lo largo de los siglos bajomedievales, pero los principios estaban arraigados en la idiosincrasia aragonesa de manera tan notoria que fueron invocados como modelo por parte de notables teóricos de los movimientos de la lucha por la libertad y los derechos cívicos en los más importantes conflictos que, con características diversas, se fueron sucediendo durante la Edad Moderna en diversos países occidentales. Esa repercusión de los rasgos definitorios del venerable sistema aragonés en la doctrina política de los siglos XVI-XIX es el asunto que desarrolla, con impecable rigor intelectual y adecuado método científico, la profesora MAGONI de la Universidad de Bolonia en la obra *«Fueros y libertades. El mito de la constitución aragonesa en la Europa moderna»*, que, editada inicialmente por Carocci (Roma, 2007), lo ha sido luego, en la excelente traducción española de Antonio Pérez Martín, por el Justicia de Aragón, según iniciativa promovida por el titular a la sazón de la institución, Fernando García Vicente, con ocasión del simposio internacional *«Aragón, Reino y Corona»*, celebrado en Albarracín en 2010, en el que la autora fue invitada a participar.

Ésta, poseedora de un nutrido currículum académico e investigador, repasa detalladamente la literatura política europea elaborada con ocasión de los diferentes episodios que jalonan la larga marcha de los nuevos Estados hacia la construcción de la democracia, superando progresivamente las trabas opuestas a la libertad por la concentración, los abusos y las inmunidades del poder absoluto del monarca.

Sugiere la autora que Blancas —sucesor de Zurita como cronista del Reino—, por influencia del arzobispo de Tarragona —el humanista, jurista y filólogo zaragozano Antonio Agustín—, empleó, para la redacción de lo que presentaba como la transcripción de unos hallados viejos fueros sobrarbenses, un latín arcaico, similar al de la *Ley de las XII tablas*, la primera codificación del Derecho romano, con objeto de dotarlos de un marchamo de *anticuariado constitucional* que los hiciera inatacables como documento acreditativo de los requerimientos a los que se sujetó la instauración de la monarquía aragonesa. Según la tradición, los antiguos aragoneses que resistían en los valles centrales del Pirineo a los musulmanes invasores eligieron para su gobierno a doce *seniores*; pero luego, solicitado consejo de los lombardos y del Papa, entendieron más útil para la etapa de guerra reconquistadora el mandato de un solo hombre; y, con el fin de imposibilitar su tiranía y no perder la libertad de que gozaban, establecieron primero las leyes a las que se ajustarían las relaciones de poder, y luego proclamaron rey a Áñigo Arista tras jurar aquéllas, entre las cuales figuraba la institución del Justicia. Blancas también remonta a ese momento originario los contenidos del *Privilegio de la Unión*, realmente una concesión arrancada en 1287 a Alfonso III por los grupos sociales reunidos (ricos hombres, mesnaderos, infanzones y ciudadanos), y que Pedro IV,

victorioso en la guerra civil, abolió en 1348, pero potenciando en cambio las prerrogativas del Justicia.

Duramente debilitada esta alta magistratura como resultado de su enfrentamiento con el rey de España en defensa de los fueros (alteraciones de Zaragoza, ocupación por las tropas castellanas y ejecución de Lanuza en 1591), a causa de la protección del *manifestado* Antonio Pérez, éste, poco después y ya refugiado en Francia, dio a la imprenta sus *Relaciones*, en las que, además de narrar los acontecimientos defendiendo su propia inocencia, describía la constitución antigua en la que se basaba el carácter del Reino de Aragón, y denunciaba cómo Felipe II atentaba contra ella; lo que, sin duda, contribuyó decisivamente a la *leyenda negra* antiespañola, pero también suscitó en toda Europa un enorme interés por aquella mítica constitución.

Aunque el interés era ya anterior a la aparición y repercusión internacional de tales obras: las costumbres del Reino de Aragón fueron objeto de una atención peculiar en la tratadística hugonote y calvinista compuesta en Francia durante las *guerras de religión* de la segunda mitad del propio siglo XVI, especialmente a raíz de la matanza de la *Noche de San Bartolomé* (1572), para argumentar la superioridad de las leyes y de la voluntad colectiva frente al gobierno intransigente de los católicos Valois reinantes. La *Francogallia* de François Hotman (primer texto impreso que reproduce la fórmula del juramento de los aragoneses, en caracteres tipográficos que imitan inscripción epigráfica), el *Du droit des magistrats* de Théodore de Bèze y las *Vindiciae contra tyrannos* de Junius Brutus invocan el recuerdo de las antiguas asambleas de galos y de francos que elegían al rey, así como el ejemplo de las magistraturas del mundo clásico defensoras de los gobernados frente al gobernante (*éforos* en Esparta, *tribunos de la plebe* en Roma), pero también muy señaladamente el modelo aragonés, del que se dice que «entre todas las costumbres de las naciones que hemos buscado, no hay ninguno que sea más notable». El cual se analiza asimismo en los *Six livres de la République* de Jean Bodin, pero con intención contraria ya que, como es sabido, este célebre jurista entiende la soberanía como absoluta por su propia naturaleza, sin restricción alguna, por lo que cuestiona que el monarca soberano sea condicionado por leyes o asambleas y que pueda someterse al arbitrio de un juez inferior a él en rango. Pero, tanto en un sentido como en otro, estos tratados pusieron las primeras bases para la difusión a nivel europeo de una temática —la aragonesa— destinada a tener una fortuna considerable y duradera.

En ese contexto, no es extraña la atención que suscitó el libro de Antonio Pérez, con su relato de la revuelta de Zaragoza de 1591 contra el *desafuero* regio, entre los historiadores franceses del tiempo de Enrique IV: en los comienzos del siglo XVII, la *Historiarum sui temporis* de Jacques Auguste de Thou, la *Chronologie novenaire* de Pierre Victor Palma-Cayet, la *Histoire universelle* de

Agrippa d'Aubigné... veían en las instituciones aragonesas —que sujetaban a la ley tanto al soberano como a los súbditos— el modelo político capaz de evitar la guerra civil. También encontró notable eco en Holanda, como consecuencia de las prolongadas guerras mantenidas por la monarquía española en los Países Bajos y Flandes; la famosa sociedad de impresores de Leiden publicó *Hispania, sive de Regis Hispaniae Regnis et opibus commentarius* de Jan de Læet, que dedicaba una sección específica al *Regimen politicum et civile Aragoniae*, en la que, tras reproducir los Fueros de Sobrarbe, concluía que el yugo de la servidumbre que Felipe II había impuesto a los aragoneses era el mismo del que los holandeses se habían librado recientemente; y el filósofo sefardí Baruch Spinoza glosaba, en su *Tratado político*, las *Relaciones* de Antonio Pérez y añadía su temor de que con el retorno de los Orange a la dirección de las Provincias Unidas «*el pueblo holandés perdiese la libertad por la cual había luchado contra el imperio*». El fin de las libertades aragonesas a manos del *Rey Prudente* se había convertido en paradigma para reflexionar sobre las degeneraciones del gobierno monárquico.

Publicada en Londres la traducción (por Edward Grimeston) de la *Histoire générale d'Espagne* de Louis Turquet de Mayerne, que tomaba de Antonio Pérez su relación de los orígenes del Reino de Aragón, también las revoluciones inglesas del siglo XVII se miraron en el espejo de la constitución aragonesa. En su primera fase, la de la guerra civil por la supremacía del Parlamento sobre la autoridad de los Estuardo, destaca William Prynne con *The Sovereign Power of Parliament and Kingdoms*; tras la decapitación de Carlos I (1649) y la instauración de una república de la que Oliver Cromwell fue designado Lord Protector, apareció *The Excellencie of a Free-State: Or de Right Constitution of a Commonwealth*, de Marchamont Nedham; en el breve interregno posterior, Henry Stubbe dio a la imprenta *A Letter to an Officer of Army Concerning a Select Senate*, donde refería al ejemplo aragonés (tomado de los *Comentarii* de Blancas) la necesidad de que un gobierno nuevo fuera erigido sobre la base de leyes inmutables y por la voluntad de la asamblea representativa del pueblo conducida por un selecto senado de hombres sabios, pero fue inmediatamente criticado por James Harrington en su *Sufficient Answer to Mr. Stubbe*, que opinaba que el equilibrio de la monarquía aragonesa residía realmente en el gran poder de los *ricos hombres*, que limitaba el del monarca. Después, desde el retorno de los Estuardos al trono de Inglaterra y hasta el final de la Gloriosa Revolución de 1688 —que dio paso al reinado de la casa de Orange, mediante un pacto que consagró para aquel país la monarquía constitucional y el Estado de Derecho—, el mito aragonés, con la fórmula de su juramente, fue todavía el reclamo de los autores exponentes del republicanismo *whig*: Henry Neville (*Plato Redivivus: or A Dialogue Concerning Governement*), Algernon Sidney (*Discourses Concerning Governement*) y Walter Moyle (*Democracy Vindicated: An Essay on the Constitution & Governement of de Roman State*).

Desde el siglo XVII se constata una especial preocupación erudita por la investigación histórica a partir del análisis riguroso de los documentos, de su autenticidad y datación, con el fin de establecer el conocimiento cierto del pasado frente a las fabulaciones que impregnaban la historiografía anterior. En esa línea se desarrolló una *querelle des savants* entre historiadores franceses y españoles acerca de si fue más antiguo el reino de Aragón o el de Navarra (que, aunque incorporado a la monarquía hispánica desde 1512, seguía siendo objeto de ambición de los Borbones sentados en el trono de Francia, en un tiempo de guerras frecuentes entre ambas naciones). Ejemplo significativo es el de la *Histoire de Bearn* de Pierre de Marca, que refuta la «reconstrucción fabulosa» llevada a cabo por Blancas por no respetar la fuente documental más antigua de que dispuso, la *Crónica de los reyes de Navarra*, escrita en el siglo XV por Carlos, príncipe de Viana, donde se narra cómo navarros y aragoneses habían decidido conjuntamente darse leyes —los Fueros de Sobrarbe—, instituidas antes de proclamar rey a García Ximénez, y que el rey debía jurar conservar y mejorar, pero sin que en la obra se mencionara la institución de un magistrado llamado Justicia Mayor; en cuanto al texto auténtico de aquellos fueros, sería el que quedaba recogido en el prólogo de la compilación escrita más antigua de la foralidad navarra. La *Histoire des revolutions d'Espagne*, del jesuita Pierre Joseph d'Orléans, divulga los resultados de tales controversias eruditas, en una época —entrando ya en el siglo XVIII— en la que el enciclopedismo trata de difundir los saberes al común de la población. Y así, las instituciones y las leyes fundamentales aragonesas alcanzaron un número muy vasto de lectores gracias al *Grand dictionnaire historique* de Louis Moréri y a la *View of the Progress of the Society in Europe*, del pastor presbiteriano escocés William Robertson, entre otras obras de carácter enciclopédico, en las que en la voz Aragón se explica que, aunque su forma de gobierno era monárquica, en el espíritu era puramente republicana, puesto que el poder efectivo no estaba en las manos del rey, sino en las cortes compuestas por la nobleza, los caballeros, la representación ciudadana y el clero, cuyo consenso necesitaba aquél para sus decisiones, y todo bajo el control del Justicia.

Finalmente, la forma de gobierno del viejo reino fue asimismo objeto de un interés peculiar dentro de la reflexión histórico-política en el período comprendido entre el nacimiento de los Estados Unidos de América y el primer decenio de la Revolución Francesa. En ambos lugares hubo encendidos debates en torno a las cruciales cuestiones de la separación de los poderes, la representación política y la limitación de gobierno por medio de una constitución escrita, y en ellos se trajeron a colación los principales textos del republicanismo clásico, que incluían el ejemplo aragonés. Es el caso de *Defence of the Constitutions of Governement of the United States of America*, del futuro presidente John Adams, que refutaba la teoría del inglés Marchamont Nedham, quien, en su *The Excellencie of a Free-State*, propugnaba, citando al antiguo Aragón, una

única cámara representativa del pueblo, investida de todos los poderes legislativos, ejecutivos y judiciales... lo que según Adams conduciría a la imposición tiránica de la mayoría sobre la minoría; del *Essai sur les moeurs et l'esprit des nations*, de Voltaire, que ponderaba la «notoriedad» del juramento de los aragoneses; de *Constitutions des principaux États de l'Europe et des États-Unis de l'Amerique*, de Jacques Vincent Delacroix, admirador de la institución del Justicia, que juzgaba decadente desde que en el siglo XV se cometió la imprudencia de hacer vitalicio el cargo, colocando a una persona por encima de la ley; de *Recherches sur les constitutions des peuples libres*, de Jean Charles Sismondi de Sismondi, para quien de todas las constituciones de los reinos de España, la aragonesa ejemplificaba mejor el espíritu de una nación que había gozado de libertad, mediante el ejercicio de un *gouvernement mixte et libre*...

En apostilla final, referida ya al siglo XIX, se recoge la *History of the Reign of Ferdinand and Isabella, the Catholic*, del hispanista norteamericano William H. Prescott, donde se alude al juramento, pero cuestionando su antigüedad y la autenticidad de los Fueros de Sobrarbe. Y la voluminosa *Historia general de España desde los tiempos remotos hasta nuestros días*, del español Modesto Lafuente, que, sin tomar partido en la «eterna disputa» entre aragoneses y navarros sobre la antigüedad de las leyes originarias de los respectivos reinos, dudaba no tanto de la autenticidad de los Fueros de Sobrarbe como de la versión tan erudita que de ellos había dado Jerónimo de Blancas, pero negaba que las libertades de Aragón pudieran ser una «mera invención», sino que eran expresión del espíritu de independencia y libertad de los primeros aragoneses, que fue decisivo en la Reconquista y sirvió de cimiento a las libertades españolas y para la continuidad histórica del «espíritu» de la nación.

Con este colofón cierra la profesora Clizia MAGONI su brillante y muy seriamente elaborado estudio, respaldado por una amplísimo aparato de fuentes documentales y bibliografía, que pone de manifiesto el impacto del nombre de Aragón y sus usos de gobierno medievales en la literatura política moderna, desvelando un aspecto probablemente poco conocido del «ser» aragonés pero que es factor de legítima autoestima para este pueblo.

JOSÉ MARÍA HERNÁNDEZ DE LA TORRE Y GARCÍA