

Revista Aragonesa
de
Administración Pública

58
Junio 2022

REVISTA ARAGONESA
DE
ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

58

Junio 2022

INSTRUCCIONES A LOS AUTORES

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

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

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

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

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

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

7. Reglas formales

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

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

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

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

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

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

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

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

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

PERIODICIDAD SEMESTRAL

Edita: Gobierno de Aragón
Departamento de Hacienda y Administración Pública

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

Depósito legal: Z 730-1993

Realización: Talleres Editoriales COMETA, S.A.

CONSEJO DE REDACCIÓN

Luis ESTAÚN GARCÍA
Director General de Desarrollo Estatutario y Programas Europeos

Susana GARCÍA RODRÍGUEZ
Directora del Instituto Aragonés de Administración Pública

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

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

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

Esperanza PUERTAS POMAR
Directora General de Servicios Jurídicos, Gobierno de Aragón

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

Vitelio TENA PIAZUELO
Secretario General de la Presidencia, Gobierno de Aragón

CONSEJO ASESOR

Manuel CONTRERAS CASADO
Catedrático de Derecho Constitucional, Universidad de Zaragoza

Antonio EMBID IRUJO
Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de Zaragoza

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

Gerardo GARCÍA ÁLVAREZ
Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de Zaragoza

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

Jorge LACRUZ MANTECÓN
Asesor del Justicia de Aragón

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

Luis POMED SÁNCHEZ
Letrado del Tribunal Constitucional

José TUDELA ARANDA
Letrado de las Cortes de Aragón

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

Secretaria: Olga HERRÁIZ SERRANO
Letrada de las Cortes de Aragón

SUMARIO

RArAP núm. 58 (junio 2022)

	Páginas
<i>Evaluadores de la Revista Aragonesa de Administración Pública</i>	6
<i>Colaboradores de este número de la Revista Aragonesa de Administración Pública</i>	11
ESTUDIOS	
I. SANZ RUBIALES: <i>La reducción de sanciones pecuniarias por pago adelantado y por reconocimiento de la responsabilidad</i>	13
G. VALENCIA MARTÍN: <i>Restricciones a la comercialización de productos de plástico y unidad de mercado</i>	58
F.J. GALICIA MANGAS: <i>Colaboración público-privada en el ejercicio de labores inspectoras: algunos problemas jurídicos</i>	128
J.M. RAMÍREZ SÁNCHEZ: <i>Y seguimos a vueltas con las actuaciones urbanísticas de dotación</i>	154
DEBATES	
R. RIVERO ORTEGA: <i>¿Cumplen el Derecho europeo y estatal las normas autonómicas sobre la gestión de los fondos de recuperación?</i>	202
M.J. BERNUZ BENEITEZ Y A. GARCÍA INDA: <i>El acceso de las víctimas a la justicia restaurativa en la Comunidad Autónoma de Aragón</i>	238
J. GUILLEM CARRAU: <i>La noción de agrupación jurídica de empresas a efectos de contrataciones públicas europeas en el marco de los fondos europeos Next Generation</i>	268
A.D. LEIVA LÓPEZ: <i>La regulación de la relación electrónica. En particular, el incumplimiento de la obligación de relacionarse electrónicamente, y la validez y práctica de las notificaciones electrónicas</i>	291
R.M. CUERVA ROMERO: <i>La potestad de dación de fe pública, certifi cal y de constancia fehaciente de las universidades públicas</i>	314
J.B. GÓMEZ MORENO: <i>Agencias estatales: el modelo consolidado en sistemas jurídicos de tradición anglosajona que fracasó en España</i>	352
CRÓNICAS	
<i>El inicio de la recuperación económica y las previsiones presupuestarias de Aragón para 2022</i> (J. ÁLVAREZ MARTÍNEZ)	382
BIBLIOGRAFÍA	
GARCÍA-MORENO RODRÍGUEZ, <i>La certificación forestal: un instrumento económico de mercado al servicio de la gestión forestal sostenible. Génesis, evolución y análisis jurídico crítico a la luz de su vigente regulación y aplicación en España</i> (J. M. GARCÍA ASENSIO)	400
GONZÁLEZ SAN SEGUNDO, <i>El conflicto sobre un símbolo de la naturaleza: el futuro del lobo ibérico, 2022</i> (J.M. ASPAS ASPAS)	403
VALENZUELA RODRÍGUEZ, <i>La anulación de instrumentos de planeamiento, 2020</i> (L. DEL MAZO TEJEDOR)	407
VALERO TORRUJOS & MARTÍNEZ GUTIÉRREZ (dirs.), <i>Datos abiertos y reutilización de la información del sector público, 2022</i> (M.A. BERNAL BLAY)	412

LISTA DE EVALUADORES DE LA REVISTA ARAGONESA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

ALCARAZ, Hubert: Profesor Titular de Derecho Administrativo, Université de Pau et des Pays de l'Adour (Francia).

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

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

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

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

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

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

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

BARCELONA LLOP, Javier: Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de Cantabria.

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

BAYOD LÓPEZ Carmen: Catedrática de Derecho Civil, Universidad de Zaragoza.

BÉJAR RIVERA, Luis José: Profesor de Derecho Administrativo, Universidad Panamericana de México.

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

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

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

BOIX PALOP, Andrés: Profesor Titular de Derecho de Administrativo, Universidad de Valencia.

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

BUSTILLO BOLADO, Roberto O.: Catedrático de Derecho de Administrativo, Universidad de Vigo.

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

CANO CAMPOS, Tomás: Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad Complutense de Madrid.

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

CASADO CASADO, LUCÍA: Catedrática de Derecho Administrativo, Universitat Rovira i Virgili de Tarragona.

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

CIERCO SEIRA, César: Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de Lleida.

CUETO PÉREZ, Miriam: Catedrática de Derecho Administrativo, Universidad de Oviedo.

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

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis: Catedrático de Derecho Penal, Universidad de Málaga.

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

EZQUERRA HUELVA, Antonio: Profesor Titular de Derecho Administrativo, Universidad de Lleida.

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

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

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

FERNÁNDEZ SALMERÓN, Manuel: Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de Murcia.

FONT I LLOVET, Tomás: Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de Barcelona.

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

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

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

GAMERO CASADO, Eduardo: Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad Pablo Olavide de Sevilla.

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

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

GARCÍA RUBIO, Fernando: Profesor Titular de Derecho Administrativo, Universidad Rey Juan Carlos de Madrid.

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

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

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

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

GONZÁLEZ GARCÍA, Julio: Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad Complutense de Madrid.

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

GUAYO CASTIELLA, Íñigo del: Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de Almería.

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

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

HERRÁIZ SERRANO, Olga: Letrada de las Cortes de Aragón.

HERNÁNDEZ MENDIBLE, Víctor R.: Profesor de Derecho Administrativo, Universidad Monteávila de Caracas (Venezuela).

HUERGO LORAS, Alejandro: Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de Oviedo.

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

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

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

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

LECUCQ, Olivier: Profesor Titular de Derecho Administrativo, Université de Pau et des Pays de l'Adour (Francia).

LÓPEZ BENÍTEZ, Mariano: Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de Córdoba.

LÓPEZ PÉREZ, Fernando: Profesor de Derecho del Centro Universitario de la Defensa, Zaragoza.

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

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

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

MARTÍNEZ MARTÍNEZ, María: Profesora Titular de Derecho Civil, Universidad de Zaragoza.

MORA RUIZ, Manuela: Profesora Titular de Derecho Administrativo, Universidad de Huelva.

MORENO MOLINA, José Antonio: Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de Castilla-La Mancha, sede de Cuenca.

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

NIETO GARRIDO, Eva: Catedrática de Derecho Administrativo, Universidad de Castilla-La Mancha, sede de Toledo.

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

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

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

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

OLIVEIRA MIRANDO, João Pedro de: Profesor de Derecho Administrativo, Universidade de Lisboa (Portugal).

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

PALÁ LAGUNAS, Reyes: Catedrática de Derecho Mercantil, Universidad de Zaragoza.

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

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

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

PIMIENTO ECHEVERRI, Julián Andrés: Profesor Doctor de Derecho Administrativo, Universidad Externado (Colombia).

PIPERATA, Giuseppe: Profesor de Derecho Administrativo, Università IUAV di Venezia (Italia).

POMED SÁNCHEZ, Luis: Letrado del Tribunal Constitucional.

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

RAZQUIN LIZARRAGA, Martín: Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad Pública de Navarra.

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

RIVA, Ignacio M. de la: Profesor Titular de Intervención Administrativa, Pontificia Universidad Católica Argentina en Buenos Aires.

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

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

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

RUIZ GARCÍA, José Ramón: Catedrático de Derecho Financiero y Tributario, Universidad de A Coruña.

RUOCCO, Graciela: profesora titular doctora de Derecho Administrativo, Universidad Católica del Uruguay.

SADDY, André: profesor de Derecho Constitucional, Universidade Federal Fluminense, Río de Janeiro (Brasil).

SÁNCHEZ MORÓN, Miguel: Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de Alcalá (Madrid).

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

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

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

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

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

SORO MATEO, Blanca: Catedrática de Derecho Administrativo, Universidad de Murcia.

TEJEDOR BIELSA, Julio: Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de Zaragoza.

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

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

TORRES LÓPEZ, Asunción: Catedrática de Derecho Administrativo, Universidad de Granada.

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

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

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

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

VALERO TORRIJOS, Julián: Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de Murcia.

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

VERGARA BLANCO, Alejandro: Profesor Titular de Derecho Administrativo, Pontificia Universidad Católica de Chile.

VIGNOLO CUEVA, Orlando: Profesor de Derecho Administrativo, Universidad de Piura (Perú).

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

LISTA DE COLABORADORES

ÁLVAREZ MARTÍNEZ, JOAQUÍN:
Catedrático de Derecho financiero
y tributario, Universidad de
Zaragoza.

ASPAS ASPAS, José Manuel: Abogado,
Colegio de Zaragoza.

BERNAL BLAY, Miguel Ángel: Profesor
titular de Derecho administrativo,
Universidad de Zaragoza.

BERNUZ BENEITEZ, María José:
Laboratorio de Sociología Jurídica,
Universidad de Zaragoza

CUERVA ROMERO, Rosa María:
Universidad de Almería.

GALICIA MANGAS, Francisco Javier:
Profesor asociado doctor de
Derecho administrativo, Universidad
de Zaragoza.

GARCÍA ASENSIO, José Miguel: Doctor
en Derecho, abogado, Colegio de
Soria.

GARCÍA INDA, Andrés: Laboratorio de
Sociología Jurídica, Universidad de
Zaragoza

GÓMEZ MORENO, Juan Bautista:
Graduado en Derecho, Universidad
de Zaragoza.

GUILLEM CARRAU, Javier: Doctor en
Derecho, letrado de Les Corts
Valencianes en servicios especiales.

LEIVA LÓPEZ, Alejandro D.: Profesor
ayudante doctor, Universidad de
Málaga.

MAZO TEJEDOR, Laura del: Abogada,
Colegio de Zaragoza.

RAMÍREZ SÁNCHEZ, Jesús María:
Abogado, doctor en Derecho,
Universidad de Zaragoza.

RIVERO ORTEGA, Ricardo: Catedrático
de Derecho administrativo,
Universidad de Salamanca.

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

VALENCIA MARTÍN, Germán: Profesor
titular de Derecho administrativo,
Universidad de Alicante.

ESTUDIOS

LA REDUCCIÓN DE SANCIONES PECUNIARIAS POR PAGO ADELANTADO Y POR RECONOCIMIENTO DE LA RESPONSABILIDAD(*)

IÑIGO SANZ RUBIALES

Catedrático de Derecho administrativo, Universidad de Valladolid

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.– II. LA REDUCCIÓN DE SANCIONES PECUNIARIAS EN LA LPAC: SUPUESTOS DE HECHO Y ANTECEDENTES: 1. La previsión del art. 85 LPAC. Supuestos de reducción de sanciones administrativas pecuniarias.–2. Antecedentes de la reducción de sanciones administrativas por pago adelantado y reconocimiento de responsabilidad.– III. NATURALEZA JURÍDICA: 1. Es una técnica intraprocedimental. Su influencia en la terminación del procedimiento. 2. Reconocimiento de un nuevo derecho del imputado en el procedimiento sancionador. Alcance. ¿Puede ser restringido por leyes autonómicas?– IV. FUNDAMENTO Y LÍMITES DE ESTA TÉCNICA: 1. Fundamento de la reducción: la eficiencia de la Administración. 2. Límites de la reducción de sanciones: A) El principio de legalidad. B) El derecho a la tutela judicial efectiva. C) El principio de proporcionalidad.– V. EL PRONTO PAGO: RÉGIMEN DE SUS PECULIARIDADES: 1. La realización del pronto pago y sus efectos. 2. Sanción no expresa y obligación de resolver expresamente. 3. La impugnación contencioso-administrativa de la sanción reducida exclusivamente por pronto pago: VI. RÉGIMEN ESPECÍFICO DEL RECONOCIMIENTO DE RESPONSABILIDAD.– 1. Concepto: A) Atenuante articulado como modalidad de terminación procedimental. B) Sus diferencias con el pago voluntario. C) Una explicación del art. 85.1 y su relación con el art. 85.3 LPAC. 2. Ejercicio del reconocimiento de responsabilidad sin previo pago: momento oportuno y necesidad de resolución sancionadora expresa. 3. El control contencioso-administrativo de las sanciones reducidas por reconocimiento de responsabilidad.– VII. RÉGIMEN COMÚN DEL PAGO Y DEL RECONOCIMIENTO DE RESPONSABILIDAD Y APLICACIÓN CONJUNTA: 1. El momento del cumplimiento de las cargas: son simultáneas y no se someten a plazo. 2. El condicionamiento de las reducciones al no ejercicio de acciones o recursos: A) Renuncia y desistimiento. B) Cuando el órgano sancionador tiene superior jerárquico: una propuesta en favor de la tutela judicial. 3. La terminación del procedimiento y su control. 4. Los supuestos de continuación del procedimiento no-sancionador.– VIII. CONCLUSIONES.– IX. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: El art. 85 de la Ley 39/2015, de Procedimiento Administrativo de las Administraciones Públicas (LPAC) prevé la reducción de sanciones pecuniarias en el

(*) Trabajo recibido en esta REVISTA con fecha 21/06/2022 y evaluado favorablemente para su publicación el 04/07/2022

procedimiento administrativo sancionador común. Según el precepto, el pago voluntario y el reconocimiento de responsabilidad realizados durante el procedimiento sancionador determinan su finalización con la imposición de una sanción reducida. A la luz de la configuración legal, mejorable, y de los principios en que se basa, se analiza el régimen jurídico y los efectos de estas actuaciones.

Palabras clave: pago anticipado; reconocimiento de responsabilidad; reducción de multas.

ABSTRACT: The art. 85 of Law 39/2015, on the Administrative Procedure of Public Administrations (LPAC) provides for the reduction of fines in the common administrative sanctioning procedure. According to the precept, the voluntary payment and the acknowledgment of liability made during the sanctioning procedure determine its termination with the imposition of a reduced fine. In light of the legal configuration, which can be improved, and the principles on which it is based, the legal regime and the effects of these actions are analyzed.

Key words: advance payment; acknowledgment of liability; reduction of fines.

I. INTRODUCCIÓN

La extraordinaria extensión de la actividad punitiva administrativa ha generado un enorme coste de tramitación de los procedimientos sancionadores. En los últimos años se han abierto camino algunas técnicas dirigidas a reducir dichos costes. El art. 85 de la Ley 39/2015, de *Procedimiento Administrativo de las Administraciones Públicas* (LPAC) dispone, como novedad, la reducción de sanciones pecuniarias en el procedimiento administrativo sancionador común. Según el precepto, el pronto pago y el reconocimiento de responsabilidad por los imputados, actuados durante el procedimiento sancionador, les permiten obtener la reducción de las sanciones pecuniarias propuestas.

La redacción del precepto es ciertamente confusa. Son numerosos los interrogantes que plantea y que deja sin resolver. Las líneas que siguen constituyen una aportación más en el intento de aclarar su contenido.

II. LA REDUCCIÓN DE SANCIONES PECUNIARIAS EN LA LPAC: SUPUESTOS DE HECHO Y ANTECEDENTES

1. La previsión del art. 85 LPAC. Supuestos de reducción de sanciones administrativas

El art. 85 LPAC —«*Terminación en los procedimientos sancionadores*»— tiene la siguiente redacción:

1. Iniciado un procedimiento sancionador, si el infractor reconoce su responsabilidad, se podrá resolver el procedimiento con la imposición de la sanción que proceda.

2. Cuando la sanción tenga únicamente carácter pecuniario o bien quepa imponer una sanción pecuniaria y otra de carácter no pecuniario pero se ha justificado la improcedencia de la segunda, el pago voluntario por el presunto responsable, en cualquier momento anterior a la resolución, implicará la terminación del procedimiento, salvo en lo relativo a la reposición de la situación alterada o a la determinación de la indemnización por los daños y perjuicios causados por la comisión de la infracción.

3. En ambos casos, cuando la sanción tenga únicamente carácter pecuniario, el órgano competente para resolver el procedimiento aplicará reducciones de, al menos, el 20 % sobre el importe de la sanción propuesta, siendo éstos acumulables entre sí. Las citadas reducciones, deberán estar determinadas en la notificación de iniciación del procedimiento y su efectividad estará condicionada al desistimiento o renuncia de cualquier acción o recurso en vía administrativa contra la sanción.

El porcentaje de reducción previsto en este apartado podrá ser incrementado reglamentariamente».

Acoge este precepto auténticas cargas, y los sujetos imputados que voluntariamente las cumplen obtienen el beneficio de ver reducidas las sanciones administrativas propuestas como consecuencia de dicho cumplimiento (1).

Esta técnica regulada con carácter de trámite común en el art. 85 LPAC debe distinguirse del denominado «procedimiento de clemencia», ventaja aplicable a los infractores que, además de reconocer su actuación, son delatores de infracciones administrativas en cualesquiera sectores, y que les permite ver reducida —o incluso desaparecida— la sanción propuesta (art 62.4 LPAC); tampoco puede confundirse con la reducción de sanciones ya impuestas, no recogida por la LPAC, pero regulada en leyes sectoriales, estatales o autonómicas, o con los requerimientos ante infracciones dirigidos justamente a evitar la incoación del procedimiento sancionador, etc.

La institución del pago voluntario o pronto pago consiste en la extinción de un ilícito mediante el pago de una suma de dinero menor al máximo de la pena, realizado en un plazo determinado, de forma que se anticipa la resolución del procedimiento (2). Tal y como lo regula la Ley, no se trata de una técnica transaccional, ni siquiera discrecional-unilateral: el órgano administrativo carece de margen de negociación en el otorgamiento y alcance de la ventaja que se otorga por el pronto pago, y esta opera *ex lege*. Es una técnica que

(1) Es el propio TC el que califica como «carga» la renuncia a la impugnación a cambio de una reducción de la sanción administrativa: STC 76/1990, de 26 de abril de 1990, FJ 7°.

(2) Cfr. LOZANO CUTANDA, B. (1990), *La extinción de las sanciones administrativas y tributarias*, Marcial Pons, Madrid 1990, p. 93.

ha tenido un éxito más que notable en el ámbito sancionador administrativo europeo, como consecuencia del papel central que ocupan las multas en este sistema (3), al igual que lo tiene en materia de tráfico (4), lo que ha llevado al legislador «común» a extender un régimen similar, con perfiles propios, a todos los ámbitos de actuación.

La reducción de sanciones administrativas o la eliminación de trámites, además de por pago voluntario, puede derivar del reconocimiento de la responsabilidad por el imputado. Tradicionalmente se ha venido admitiendo la posibilidad de prescindir de determinadas garantías y trámites procedimentales si el interesado reconocía la responsabilidad de los hechos imputados, especialmente cuando se trataba de infracciones administrativas de poca importancia susceptibles de ser sancionadas con multas reducidas (5).

Posiblemente, la mayor novedad de la regulación del art. 85 LPAC en relación con esta forma de reducción de sanciones ha sido su generalización a cualesquiera sanciones pecuniarias, sin limitarla a las de escasa cuantía o a las existentes en sectores determinados.

(3) Cfr. LOZANO CUTANDA, B. (1990: 93-94). Los precedentes más próximos de la regulación sancionadora administrativa española y del denominado pago voluntario los encontramos en la regulación de la Ley italiana 689 de 1981, de 24 de noviembre — *Modifiche al sistema penale*—, cuyo art. 16 (*pagamento in misura ridotta*) permite el pago «*de una suma reducida igual a un tercio del máximo de la sanción prevista por la infracción cometida (...)*», y en la Ley alemana de sanciones administrativas (OWiG), publicada el 19 de febrero de 1987 [BGBl. I p. 602], que dispone que, ante determinadas infracciones leves, y tras el correspondiente apercibimiento, el pago voluntario de la multa «apercibida» impide la tramitación del procedimiento y la posible condena (art. 56).

(4) La experiencia ha sido positiva. «En la inmensa mayoría de los casos, el consejo a quien lo solicita de cómo actuar ante una multa de tráfico es la de que se pague cuanto antes, y se olvide del tema. Y ello es así por varios motivos: las infracciones más habituales (exceso de velocidad, aparcamiento indebido, etcétera), están debidamente probadas (radar, controles alcoholemia, realidad de los registros públicos...), siendo que el acta de denuncia goza de una presunción de veracidad prácticamente *iuris et de iure*. Además, las cuantías de las multas suelen ser reducidas y perfectamente asumibles. Es una realidad que se impone el hecho de que los recursos en vía administrativa nunca (casi nunca) prosperan y que, por razón de dicha cuantía, se hace del todo absurdo acudir a la vía contencioso administrativa»; BUADES FELLÚ, J. (2019) «Acerca del régimen de los supuestos “beneficios” por reconocimiento de responsabilidad y por pago anticipado voluntario de multas pecuniarias en la Ley 39/2015, del procedimiento administrativo común», *Diario La Ley*, n° 9509, pp. 2-3.

(5) Véase, p. ej., la *Recommandation n° R (91) 1 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe aux Etats membres relative aux sanctions administratives (adoptée par le Comité des Ministres le 13 février 1991, lors de la 452^e réunion des Délégués des Ministres)*. Principe 6.2: «*Il peut être renoncé aux principes ci-dessus, sous réserve de l'acquiescement ultérieur de la personne intéressée et conformément à la loi, dans les affaires de peu d'importance passibles de pénalités pécuniaires limitées*».

2. Antecedentes de la reducción de sanciones por pago adelantado y reconocimiento de responsabilidad

En el derecho sectorial hay varias regulaciones previas, entre las que se pueden destacar las siguientes.

La vieja —y todavía vigente— Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres contiene un precepto regulador del pronto pago intraprocedimental que implica reconocimiento de responsabilidad en las sanciones pecuniarias dictadas por infracciones a dicha norma y la reducción de la sanción en un 30%. El pago realizado en ese plazo conlleva la finalización del procedimiento, la aceptación de los hechos imputados (la renuncia a hacer alegaciones), pero no impide los recursos posteriores. En todo caso, el precepto exige resolución expresa (6).

También el viejo Texto articulado de la Ley de Tráfico y Seguridad Vial, aprobado por RDLegislativo 339/1990, de 2 de marzo, reconocía la posibilidad de pago anticipado de la sanción, que se veía recompensada con una reducción del 20% en la multa (art. 67.1 2º). La reducción por pronto pago pasó posteriormente a estar regulada en los arts. 79 y 80 del Texto Articulado (relativos al procedimiento sancionador abreviado) por la modificación operada por Ley 18/2009 para pasar, con importantes modificaciones, al actual art. 94 del Texto refundido de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, aprobado por RDLegislativo 6/2015, de 30 de octubre (TRLTSV).

Frente a las previsiones sectoriales, con carácter general —aunque no básico— el antecedente de la regulación del pago adelantado en el ordenamiento español estaba en el RD 1398/1993, de 4 de agosto, regulador del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora (REPEPOS), de naturaleza meramente supletoria, sin perjuicio de su directa aplicación a la Administración del Estado, cuyo art. 8 establecía:

«1. Iniciado un procedimiento sancionador, si el infractor reconoce su responsabilidad, se podrá resolver el procedimiento, con la imposición de la sanción que proceda.

(6) «En todos aquellos supuestos en que el interesado decida voluntariamente hacer efectiva la sanción antes de que transcurran los 30 días siguientes a la notificación del expediente sancionador, la cuantía pecuniaria de la sanción inicialmente propuesta se reducirá en un 30 por ciento. El pago de la sanción pecuniaria con anterioridad a que se dicte la resolución sancionadora implicará la conformidad con los hechos denunciados y la renuncia a formular alegaciones por parte del interesado y la terminación del procedimiento, debiendo, no obstante, dictarse resolución expresa. Aunque el procedimiento sancionador se dé por terminado de esta manera, el interesado podrá interponer idénticos recursos a los que le hubieran correspondido en el supuesto de que el procedimiento hubiese terminado de forma ordinaria».

2. Cuando la sanción tenga carácter pecuniario, el pago voluntario por el imputado, en cualquier momento anterior a la resolución, *podrá implicar igualmente la terminación del procedimiento*, sin perjuicio de la posibilidad de interponer los recursos procedentes.

En los términos o *periodos expresamente establecidos por las correspondientes disposiciones legales, se podrán aplicar reducciones sobre el importe de la sanción propuesta*, que deberán estar *determinadas en la notificación de la iniciación del procedimiento*».

Como se deduce de la redacción, se prevé el reconocimiento de responsabilidad, que habilita al órgano sancionador a resolver el procedimiento; y se señalan dos posibles consecuencias jurídicas del pago adelantado: la terminación del procedimiento y la reducción de la sanción.

Pero todo se plantea en términos de posibilidad: los efectos del reconocimiento no se establecen (la «sanción que proceda») y no se establece tampoco el pago adelantado como un derecho sino como una posibilidad que dependerá del diseño del régimen jurídico en concreto (de la previsión de la Ley y de la disponibilidad de la propia Administración: «*podrá implicar*»... «*se podrán aplicar*») (7). Buena prueba de ello es la previsión del art. 51.3 RD 1199/1999, relativo al mercado de tabacos (8), que en su versión original disponía que «el pago voluntario (...) podrá implicar asimismo la terminación del procedimiento», pero fue modificada por RD 748/2014, de 5 de septiembre, que sustituye el «podrá implicar» por «implicará», para que no haya lugar a dudas de la finalización automática del procedimiento por el previo pago.

(7) Así lo ha entendido la jurisprudencia más reciente referida al citado precepto: véase, p. ej., la STSJ Castilla-La Mancha de 23 de marzo de 2016, rec. 267/2014, FD 3º: «(...) por el art. 8 del mencionado Real Decreto, la finalización del procedimiento no es obligatoria para la Administración, siendo una mera posibilidad que el Reglamento ofrece a la misma»; en idéntico sentido, véase la STSJ Castilla-la Mancha de 25 de mayo de 2016, rec. 536/2014, FD 7º. Defendía esta posición, igualmente, GARBERÍ LLOBREGAT, J., y BUITRÓN RAMÍREZ, G., (2008), *El procedimiento administrativo sancionador*, tomo II, 5ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, p. 1298. Con anterioridad la interpretación no estaba tan clara: véase la STSJ Galicia, de 15 de enero de 1998, citada por los anteriores, que entiende que el pago voluntario debía necesariamente generar la finalización del procedimiento, o la STSJ Galicia de 16 de abril de 2003, que afirma que las referencias en términos potestativos no habilitan a la Administración, sino que son de aplicación obligatoria cuando se dé el supuesto previsto por la norma (Cfr. GÓMEZ ZAMORA, L., [2019] «Cuestiones prácticas sobre la aplicación de las reducciones del art. 85 de la Ley 39/2015 en materia de sanciones por reconocimiento de culpa y pronto pago», ORTEGA BURGOS, E. (dir.), *Actualidad administrativa 2019*, Tirant lo Blanch, Valencia, p. 584).

(8) RD 1199/1999, de 9 de julio, por el que se desarrolla la Ley 13/1998, de 4 de mayo, de Ordenación del mercado de tabacos y normativa tributaria, y se regula el estatuto concesional de la red de expendedurías de tabaco y timbre.

III. NATURALEZA JURÍDICA

1. Es una técnica intraprocedimental. Su influencia en la terminación del procedimiento

El procedimiento «simplificado» de la Ley de Procedimiento Administrativo Común cumple las mismas finalidades que el ordinario, y tiene un idéntico iter procedimental pero con reducción de plazos de tramitación, lo que supone una mayor celeridad en el curso del expediente.

La LPAC prevé dicha figura con carácter general (art. 96) y específicamente, en materia sancionadora: art. 96.5 (9)): se trata de un procedimiento aplicable únicamente a infracciones calificadas como leves y cuya tramitación, desde que se acuerda, no puede superar un mes de duración. Consta de una serie de trámites que, con una visión realista, no es fácil que se practiquen en ese corto espacio de tiempo (art. 96.6).

Frente a este modelo basado en el simple recorte de plazos, la simplificación procedimental puede operar mediante la denominada «técnica monitoria», en virtud de la cual es la propia autoridad pública la que ofrece al presunto responsable una determinada propuesta de sanción, reducida con relación a la que correspondería, otorgando así la opción de pagar la sanción propuesta o de continuar con el procedimiento ordinario (10). Algo de eso hay en la previsión del art. 85 LPAC, aunque la supresión de trámites esenciales en este caso no depende del órgano sancionador sino de la propia Ley.

En definitiva, el pago voluntario y el reconocimiento de responsabilidad no se regulan en la Ley como trámites de un procedimiento especial, simplificado y alternativo al ordinario, sino exclusivamente como una forma de poner fin a un procedimiento ya incoado, dirigido a la imposición de sanciones administrativas pecuniarias, como veremos a continuación.

El art. 85 LPAC lleva por título: «*Terminación en los procedimientos sancionadores*», como si los supuestos regulados en él fueran la forma ordinaria de finalización de estos. Y a la vez, el art. 90 LPAC hace referencia a las «*Especialidades de la resolución en los procedimientos sancionadores*». A pesar de los términos utilizados, el art. 90 regula la «resolución», esto es, la sanción o (en su caso) la absolución, mientras que el art. 85 se refiere a la terminación como efecto inmediato de algunas actuaciones del imputado: mientras que el

(9) 5. En el caso de procedimientos de naturaleza sancionadora, se podrá adoptar la tramitación simplificada del procedimiento cuando el órgano competente para iniciar el procedimiento considere que, de acuerdo con lo previsto en su normativa reguladora, existen elementos de juicio suficientes para calificar la infracción como leve, sin que quepa la oposición expresa por parte del interesado prevista en el apartado 2.

(10) Cfr. GARBERÍ LLOBREGAT, J., y BUITRÓN RAMÍREZ, G., (2021: 1710).

art. 90 exige la valoración de la prueba y de los hechos probados a efectos de calificación de la conducta antijurídica y la determinación de la respuesta punitiva, el art. 85 LPAC sólo exige constatar el pago o el reconocimiento y aplicar la reducción.

Por lo tanto, el art. 90 regula el modo normal de terminación del procedimiento y el art. 85 regula un modo «anormal» [sin perjuicio de los demás modos anormales de terminación del procedimiento sancionador (art. 89.1 LPAC (11))] y del ordinario (art. 84.1 y 2), aplicables también estos últimos en el procedimiento sancionador (12).

¿Estamos ante una terminación convencional? Para la STSJ Castilla-La Mancha de 22 de noviembre de 2018, hay evidentes manifestaciones de convencionalidad en este art. 85 LPAC. Así lo expone en su FD 2°:

«En un ordenamiento jurídico que contempla la conformidad incluso en materia penal para determinados delitos, no es desencaminado afirmar que la figura del art. 85 incorpora un elemento de concierto de voluntades que, aunque la materia pareciera no ser en principio apta para la transacción (art. 86 LPAC) sí implica una real y efectiva transacción en este caso sencillamente porque así la permite la Ley, y en la forma y con los límites en que la Ley así lo permite» (13).

Sin embargo, no hay auténtica terminación convencional porque es la Ley —y no la Administración sancionadora— la que establece la *conditio iuris* de la reducción de la sanción, sin que el órgano sancionador pueda hacer otra

(11) «El órgano instructor resolverá la finalización del procedimiento, con archivo de las actuaciones, sin que sea necesaria la formulación de la propuesta de resolución, cuando en la instrucción procedimiento se ponga de manifiesto que concurre alguna de las siguientes circunstancias: a) La inexistencia de los hechos que pudieran constituir la infracción. b) Cuando los hechos no resulten acreditados. c) Cuando los hechos probados no constituyan, de modo manifiesto, infracción administrativa. d) Cuando no exista o no se haya podido identificar a la persona o personas responsables o bien aparezcan exentos de responsabilidad. e) Cuando se concluyera, en cualquier momento, que ha prescrito la infracción».

(12) «1. Pondrán fin al procedimiento la resolución, el desistimiento, la renuncia al derecho en que se funde la solicitud, cuando tal renuncia no esté prohibida por el ordenamiento jurídico, y la declaración de caducidad. 2. También producirá la terminación del procedimiento la imposibilidad material de continuarlo por causas sobrevenidas. La resolución que se dicte deberá ser motivada en todo caso».

(13) Y sigue diciendo: «Siendo así, y llamemos o no a esta figura, con mayor o menor propiedad, negocio jurídico, y afirmemos o no que, si es tal, es o no bilateral, es lo cierto que, en cualquier caso, la figura incorpora indudablemente un elemento de ofrecimiento y aceptación que reclama que se le apliquen principios generales propios del ámbito negocial como los que hemos señalado». Y ya antes, había señalado: «Con las debidas cautelas dado el ámbito de derecho público en que nos movemos, debe invocarse el espíritu del principio *pacta sunt servanda* y la prohibición de que el cumplimiento y eficacia de los acuerdos queden al arbitrio de una de las partes (arts. 1256, 1258 Cc)». En el mismo sentido, la STSJ Castilla-La Mancha de 28 de diciembre de 2018, rec. 383/2017, que transcribe *ad pedem litterae* el FD de aquella.

cosa que cumplir con las prescripciones legales, al informar sobre el efecto reductor del pronto pago sobre la sanción junto al acuerdo de iniciación del procedimiento y al constatar, finalmente, dicho pago y confirmar la reducción prevista por la Ley. Se trata de una operación automática, reglada, en la que el órgano sancionador no tiene margen alguno de negociación ni negocia, efectivamente, en ningún caso.

La previsión del art. 85 LPAC elimina completamente la discrecionalidad de los órganos sancionadores en la reducción de sanciones. No tiene cabida, en el diseño legal, la posibilidad de que el órgano competente decida el porcentaje de reducción dentro de una posible horquilla establecida normativamente: el art. 85 no habilita en este sentido a los órganos sancionadores; únicamente autoriza a los reglamentos para ello y al órgano resolutor para «aplicar» las reducciones ya previstas. Por otra parte, si el órgano competente para incoar el procedimiento pudiese decidir singularmente el porcentaje de reducción debería motivar (algo no fácil) la aplicación de porcentajes diferentes según los casos, y supondría, finalmente, que las sanciones aplicables no dependerían solo de criterios normativamente previstos (gravedad de la infracción, porcentaje legal de reducción, etc.) sino también de criterios subjetivos, de pura oportunidad, no normativizados, lo que sería contrario a los principios de legalidad, igualdad y seguridad jurídica y al propio derecho a la tutela judicial efectiva, por la dificultad de su control.

2. Reconocimiento de un nuevo derecho del imputado en el procedimiento sancionador. Alcance. ¿Puede ser restringido por leyes autonómicas?

Frente a la previsión del art. 8 REPEPOS, que disponía la mera posibilidad de reducción de sanciones pecuniarias por pronto pago, el art. 85 LPAC establece esta técnica con carácter general y obligatorio para todos los regímenes sancionadores sectoriales, sin perjuicio de otras posibles ventajas previstas por la normativa sectorial.

El art. 85 LPAC configura una técnica «intraprocedimental» y atribuye efectos jurídicos sustantivos y procedimentales a determinadas actuaciones de los imputados dentro de un procedimiento administrativo sancionador. Tanto en el caso de reconocimiento de responsabilidad como en el de pago anticipado, el art. 85 LPAC exige que se haya incoado el procedimiento con propuesta de una sanción, y que no haya terminado ni caducado: debe tratarse de un procedimiento «vivo». Por lo tanto, sólo se puede ejercer este derecho, configurado a modo de carga, una vez que el procedimiento está iniciado y el sujeto en cuestión está imputado: no es posible reconocer los beneficios señalados ante una simple denuncia, ni una vez finalizado el procedimiento o transcurrido su plazo de caducidad.

De esta forma, la ley crea —con base en el art. 149.1.18° CE— un nuevo derecho de los sujetos imputados de obligado reconocimiento por la Administración sancionadora: el derecho a una reducción cuantificada de la sanción pecuniaria en relación con la imputada en el procedimiento sancionador (14).

Esto supone que la previsión del art. 85 LPAC no puede ser desplazada por la legislación sectorial en las diversas materias [salvo por los procedimientos sancionadores expresamente excluidos por la DA 1.2°: en materia tributaria y aduanera, en el orden social, en materia de tráfico y seguridad vial y en materia de extranjería (15)]. Es decir, el art. 85 se impone a toda la legislación anterior, bien autonómica —por razón del principio de prevalencia—, bien estatal, en virtud del principio *lex posterior* (16). Pero lógicamente también actúa *pro futuro*: las leyes estatales y autonómicas que se dicten con posterioridad a la entrada en vigor de la LPAC deberán incluir el derecho reconocido en el art. 85 LPAC en sus respectivos regímenes sancionadores, por su condición de trámite del Procedimiento Administrativo Común (17).

Las sanciones pecuniarias constituyen el prototipo de las sanciones administrativas. Por eso, la previsión del art. 85 resulta de aplicación general en prácticamente todos los campos de actuación administrativa. Además, la

(14) Igualmente, es calificado como derecho subjetivo público perfecto el pago reducido previsto en el art. 16 de la ley italiana 689/81: PICCIONI, F. (2012) «Pagamento della sanzione in misura ridotta», en CAGNAZZO, A., e TOSCHEI, S., *La sanzione amministrativa. Principi generali*, Giappichelli Editore, Torino, pp. 449-465, p. 450.

(15) Algunos de estos sectores cuentan asimismo con regímenes propios de reducción de sanciones en la legislación correspondiente (art. 94 TR Ley de Tráfico y Seguridad Vial, art. 188 Ley General Tributaria, art. 40.3 Ley de Infracciones y Sanciones en el orden social).

(16) RAMS RAMOS, L. (2019), «De supletorio a prevalente: la incidencia de la terminación de los procedimientos sancionadores establecida por la Ley 39/2015 en la normativa sectorial», *Revista de Administración Pública*, 208, pp. 132 ss. No obstante, hay supuestos creados por normas estatales anteriores, ventajosos para los afectados, cuya vigencia podría mantenerse siempre que no se reduzcan los derechos reconocidos por el art. 85 LPAC. P. ej., la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana, establece en su art. 54 —inspirado sin duda en el art. 94 TR LSV— un procedimiento abreviado, que permite el pago voluntario para lograr un descuento del 50% de la cuantía de la sanción pero que no resulta aplicable a las infracciones muy graves. Esta previsión no puede impedir la aplicación de los porcentajes mínimos de la LPAC (hasta un 40%) a las infracciones muy graves de esta Ley Orgánica.

(17) RAMS RAMOS, L. (2019: 149-150). Como resume esta autora, «el art. 85 LPAC, no solo vincula al legislador *pro futuro* —que deberá tener en cuenta de ahora en adelante lo previsto en la nueva normativa básica—, sino que además es de aplicación prevalente respecto de aquellas normas que, aprobadas con anterioridad, contradigan la regulación del art. 85 LPAC; y que esta norma, por su carácter “común”, incumbe a todos los operadores jurídicos, de manera que las propias Administraciones públicas, en virtud de su potestad sancionadora, tendrán que aplicar lo previsto en el art. 85 LPAC que desplazará, en todo caso, a la normativa anterior que no sea plenamente compatible con el mismo».

normativa común española no hace distinción por razón de la gravedad: las multas por todas las infracciones y no solo por las leves o más nimias son susceptibles de pago adelantado y de reducción (18).

Con esta regulación, todos los procedimientos dirigidos a la imposición de sanciones exclusivamente pecuniarias llevan implícita la posibilidad de cumplir una carga (pago adelantado y/o reconocimiento de responsabilidad, con renuncia a recursos) por expresa previsión legal, en virtud de la cual los sancionados tienen derecho a la obtención de la ventaja de una sanción reducida y determinada y de la terminación inmediata del procedimiento sancionador.

Al margen de lo anterior, el art. 85.3 LPAC, en cuanto exige que la posible reducción se notifique con el inicio del procedimiento, incide en el contenido del art. 64.2 LPAC. Este precepto establece el contenido obligatorio del acuerdo de iniciación, y señala que debe incluir: «b) Los hechos que motivan la incoación del procedimiento, su posible calificación y *las sanciones que pudieran corresponder, sin perjuicio de lo que resulte de la instrucción*», y d) «Órgano competente para la resolución del procedimiento y norma que le atribuya tal competencia, indicando *la posibilidad de que el presunto responsable pueda reconocer voluntariamente su responsabilidad, con los efectos previstos en el artículo 85*».

El art. 85 LPAC prevé que, en el caso de sanciones solo pecuniarias (establecidas en el correspondiente acuerdo de iniciación) el pago voluntario «*implicará la terminación del procedimiento*» y además, «el órgano competente para resolver el procedimiento *aplicará reducciones...[que] deberán estar determinadas en la notificación de iniciación del procedimiento*». Quizá la omisión del art. 64.2 se deba a que el pronto pago no es aplicable a todo tipo de sanciones, sólo a las pecuniarias, pero en todo caso, el contenido del art. 64.2 debe entenderse complementado con lo dispuesto por el art. 85 LPAC.

Aunque las leyes anteriores o posteriores no incluyan este derecho (o no lo hagan en toda su extensión), no deja este de ser aplicable: se trata de un trámite esencial, una garantía de los particulares que los operadores jurídicos no pueden desconocer, y que las Administraciones públicas deben aplicar incluso ante el silencio de la legislación sectorial correspondiente (19), porque

(18) Se diferencia, en esto, de la regulación alemana, que reduce esta ventaja únicamente a la sanción de infracciones administrativas leves (art. 56 OWiG). Vid, igualmente, *supra*, la *Recommandation n° R (91) 1 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe aux Etats membres relative aux sanctions administratives*.

(19) Tal y como establece la Exposición de Motivos de la LPAC, «la regulación del procedimiento administrativo común por el Estado no obsta a que las Comunidades Autónomas dicten las normas de procedimiento necesarias para la aplicación de su Derecho sustantivo, siempre que se respeten las reglas que, por ser competencia exclusiva del Estado, integran el concepto de Procedimiento Administrativo Común con carácter básico».

la LPAC es prevalente respecto de cualesquiera normas estatales autonómicas o locales (20).

Pero su aplicabilidad va más lejos aún: aunque la norma no lo diga y la Administración competente tampoco lo recuerde en la tramitación del procedimiento sancionador (en la notificación del acuerdo de iniciación del procedimiento o de la propuesta de resolución), el imputado tiene derecho igualmente a dichas reducciones, porque se lo ha otorgado la Ley básica como trámite constitutivo del procedimiento administrativo común (21). Por otra parte, sería absurdo que el derecho del particular dependiese de que la Administración lo recordase.

Esto lleva a la necesidad de valorar la adecuación de algunas normas autonómicas a la Ley básica estatal. Es el caso, p. ej., del art. 4 de la Ley 3/2017 de Castilla-La Mancha, de 1 de septiembre, en *materia de gestión y organización de la Administración y otras medidas administrativas*, que prevé que, en los procedimientos sancionadores de competencia autonómica en los que se proponga la imposición de una sanción *leve* o *grave*, la acumulación de reducciones según el art. 85 LPAC no puede superar el 50% de la sanción propuesta en el acuerdo inicial y el infractor debe reconocer su responsabilidad y efectuar el pago voluntario en el plazo otorgado en dicho acuerdo (22). Esta previsión contraviene en aspectos importantes la regulación del art. 85 LPAC: en concreto, solo es aplicable a infracciones leves y graves; impone un plazo para cumplir con las cargas; no dispone la posibilidad de cumplir con una sola de ellas (23)... Por eso no puede desplazar los términos más generosos de la LPAC.

Igualmente la Ley Foral 11/2019, de 11 de marzo, de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra y del Sector Público Institucional Foral, prevé en su art. 121 la reducción de hasta el 50% de las sanciones en los

(20) RAMS RAMOS, L. (2019: 150).

(21) Así lo reconoce, p. ej., la STSJ Valencia de 29 de octubre de 2020 (rec. n. 251/2019), FD 3º, apoyándose en la redacción del art. 85.2 LPAC, que afirma el derecho del particular a la reducción por pronto pago. Y esta reducción —dice la sentencia— «aunque no estaba establecida en la propuesta de resolución sancionadora, en modo alguno dicha omisión podía afectar a su efectiva aplicación, al estar fijada en la Ley».

(22) «Artículo 4. Porcentaje de reducción de las sanciones en los procedimientos sancionadores. En los procedimientos sancionadores de competencia autonómica en los que se proponga la imposición de una sanción leve o grave, el porcentaje de las reducciones establecidas en el artículo 85 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, podrá ascender hasta un máximo de un 50 % sobre el importe de la sanción propuesta en el acuerdo de inicio siempre que el infractor reconozca su responsabilidad y efectúe el pago voluntario en el plazo otorgado en dicho acuerdo. La efectividad de dicha medida estará condicionada al desistimiento o renuncia de cualquier acción o recurso en vía administrativa contra la sanción».

(23) En la línea de la crítica planteada por GÓMEZ ZAMORA, L. (2019: 590).

procedimientos sancionadores tramitados por la Administración foral, pero exige que la acumulación (pronto pago-reconocimiento de responsabilidad) se plantee en el plazo marcado por el acuerdo de iniciación (24). Al igual que en el caso anterior, deberá entenderse que no impide la aplicación directa del art. 85 LPAC, porque el art. 121.1 de la Ley Foral dispone que la acumulación solo podrá plantearse en el plazo marcado por el acuerdo de iniciación y no en cualquier momento del procedimiento antes de la resolución.

IV. FUNDAMENTO Y LÍMITES DE ESTA TÉCNICA

1. Fundamento de la reducción: la eficiencia de la administración

El constante incremento del número de sanciones que imponen las Administraciones muestra la efectiva incapacidad de la Administración sancionadora para perseguir todas las infracciones y tramitar todos los expedientes sancionadores que caen bajo su competencia (25); por eso, esta técnica pretende reducir gastos de la Administración, vinculados a la tramitación administrativa (procedimiento sancionador y recursos administrativos, ejecución forzosa) y a la tramitación judicial (defensa de la Administración en juicio).

Específicamente, el fundamento de la reducción por pronto pago es el ahorro parcial en el coste de la tramitación del procedimiento administrativo sancionador, que finaliza con el pago y el ahorro [pleno] del coste inherente a los recursos administrativos y al procedimiento de ejecución forzosa de la

(24) Artículo 121. Reducción de la sanción. 1. El órgano competente para resolver el procedimiento aplicará, en base a lo dispuesto en el artículo 85 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, los siguientes porcentajes de reducción de las sanciones pecuniarias: a) El 30% sobre el importe de la sanción en el caso de reconocimiento de la responsabilidad sin pago voluntario antes del plazo otorgado en el acto de iniciación del procedimiento. b) El 20% en caso de pago voluntario en cualquier momento anterior a la resolución. Ambas reducciones sólo serán acumulables entre sí siempre que se realicen en el plazo otorgado para el reconocimiento de la responsabilidad en la letra a). 2. El pago voluntario, con o sin reconocimiento de la responsabilidad, implicará la terminación del procedimiento desde el día en que se realice el pago, sin necesidad de emitir resolución. 3. El reconocimiento de la responsabilidad o el pago voluntario llevará implícito el desistimiento o renuncia a cualquier acción o recurso en vía administrativa contra la sanción. 4. La terminación del procedimiento en los supuestos previstos en el apartado 2 de este artículo no afectará a lo relativo a la reposición de la situación alterada o a la determinación de la indemnización por los daños y perjuicios causados por la comisión de la infracción. 5. Reglamentariamente se podrán incrementar estas reducciones».

(25) RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J.M. (2019: 158), en la línea de HUERGO LORA, A. (1998), *Los contratos sobre los actos y las potestades administrativas*, Madrid, 1998, pp. 427-428, que reconoce que si la Administración sancionadora funcionase adecuadamente, no existirían reducciones por pago anticipado o conformidad.

sanción impuesta (26). Este ahorro es manifestación del principio de eficiencia (art. 3.1 f) LRJSP) (27), vinculado a su vez al principio de economía procedimental y al de eficacia (art. 103.1 CE (28)). Pero el pronto pago refuerza además la seguridad jurídica del imputado (art. 9.3 CE), por la certeza de que no se volverá a tramitar dicho procedimiento (29).

En cuanto a la reducción por reconocimiento de responsabilidad, el fundamento específico es la colaboración con la Administración y la facilitación de la sanción (guarda cierta analogía con el viejo arrepentimiento espontáneo o la confesión de la infracción del art. 21.4 CP)» (30). Pero además, conlleva reducción de trámites, tanto administrativos (terminación del procedimiento sancionador, aunque no supresión del de ejecución forzosa), como judiciales: como se verá *supra*, mientras que el pronto pago no reduce las posibilidades impugnatorias, el reconocimiento de responsabilidad conlleva la impugnabilidad limitada (en la práctica, la casi segura no-impugnación) por el juego de la doctrina de los propios actos (*vid. infra*, VI).

En todo caso, la creación de un régimen privilegiado de pago adelantado y de reconocimiento de responsabilidad en una materia tan sensible como el procedimiento sancionador está sometido a los límites derivados de otros principios constitucionales y que el legislador debe ponderar (31). Por eso conviene aludir a los principios constitucionales limitadores de esta regulación.

2. Límites de la reducción de sanciones

A) El principio de legalidad

El principio de legalidad llama a tramitar enteramente el procedimiento sancionador incoado, a buscar la verdad material y a imponer la sanción que

(26) Cfr. ALEGRE ÁVILA, J.M. (2020), «Anulación de sanciones administrativas impuestas por “desobediencia a la autoridad” durante la vigencia de *estado de alarma*», <http://aepda.es>, p. 19. En el ordenamiento italiano, el pago previo y reducido responde también a una reducción de la actividad de los órganos administrativos, aunque alcanza también a los jurisdiccionales: tiene una finalidad «deflattiva» de la actividad de los citados órganos: PICCIONI, F. (2012: 450).

(27) «Las Administraciones públicas (...) deberán respetar en su actuación y relaciones los siguientes principios: j) Eficiencia en la asignación y utilización de los recursos públicos».

(28) Sobre el principio de economía procesal y su relación con el principio de eficacia del art. 103.1 CE, véase NOGUEIRA LÓPEZ, A., (2010) «El principio de economía procesal», SANTAMARÍA PASTOR, J.A. (dir.), *Los principios jurídicos del Derecho Administrativo*, La Ley, Madrid, pp. 300, 302-303., pp. 299-324.

(29) Incluso tras la revisión de oficio de la sanción reducida y pagada: RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J.M., (2009: 159, 175), CANO CAMPOS, T. (2018: 176).

(30) CANO CAMPOS, T. (2018: 174-175).

(31) Sobre la ley de la ponderación característica de los conflictos entre principios constitucionales, véase RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J.M. (2009: 160).

corresponda (arts. 9.3 y 25 CE) (32). Sin embargo, es la propia Ley —en concreto, el art. 85 LPAC— la que admite la posibilidad de reducir la tramitación en el caso de que los imputados reconozcan su responsabilidad y/o paguen prontamente la multa reducida. La previsión por ley de estos posibles beneficios no infringe el principio de legalidad.

Más dudoso es que la amplísima habilitación reglamentaria operada por el art. 85.3 se ajuste al principio de legalidad: «*El porcentaje de reducción previsto en este apartado podrá ser incrementado reglamentariamente*». Se trata de una habilitación al reglamento que va mucho más allá del mero papel de ejecutor de la previa Ley, porque no establece límite superior alguno. Y tampoco distingue por razón del tipo de reglamento ni de la Administración que lo dicta (33). Ahora bien, por una parte, la regulación reglamentaria no es restrictiva de derechos, sino ampliatoria de la esfera jurídica del imputado, y el Consejo de Estado no ha apreciado tacha de ilegalidad en su Dictamen sobre el Anteproyecto de Ley. Pero por otra, es indudable que los reglamentos no pueden contrariar a la Ley que ejecutan, que siempre podrá establecer reducciones más allá de los porcentajes del art. 85 LPAC (34).

¿Cuál es la razón de ser de la habilitación reglamentaria del art. 85.3 LPAC? Si las leyes sectoriales pueden habilitar a sus reglamentos ejecutivos para que desarrollen sus contenidos y concreten sus mandatos, ¿qué sentido tiene que el art. 85.3 habilite a los reglamentos para incrementar los porcentajes de reducción de sanciones? Esta habilitación puede responder a la obtención de mayores reducciones en defecto de previsión en ley sectorial, es decir, ante el silencio de la Ley que desarrollan (35).

Pero el reglamento está también sometido al principio de proporcionalidad, de acuerdo con los fines de la potestad sancionadora y de la de reducción de sanciones. La facilidad de utilización del reglamento puede dar lugar a

(32) *Op. cit.*, p. 159.

(33) Es indudable la especial capacidad reglamentaria de los Entes Locales para establecer mayores reducciones, a la vista de la amplia potestad sancionadora que les reconocen los arts. 139 y ss. LBRL.

(34) Según L. GÓMEZ ZAMORA (2019: 581) la ampliación potestativa del porcentaje de reducción *debe* hacerse mediante norma reglamentaria. Sin embargo, la habilitación al reglamento no elimina el papel de la Ley. Por otra parte, como se vio *supra*, algunas leyes han establecido límites cuantitativos a las reducciones reglamentarias.

(35) Esto es lo que ha ocurrido con la Ley 13/1998, de 4 de mayo, de Ordenación del Mercado de Tabacos y Normativa Tributaria (BOE de 5 de mayo), desarrollada por RD 1199/1999, de 9 de julio, que es el que prevé, en su art. 51.3 la reducción de la sanción y la terminación del procedimiento por pago adelantado (ante el silencio de la Ley). No sería de extrañar que la expresa mención operada por el art. 85.3 LPAC a la posibilidad reglamentaria de incrementar la reducción se haya hecho a la vista de este u otros reglamentos que prevén ventajas por pago adelantado sin que la ley haga mención alguna a ella.

abusos en este sentido mediante el establecimiento de reducciones desproporcionadas, por lo que en su momento se planteó la posibilidad de limitarlas, aunque la LPAC no lo hace (36).

B) El derecho a la tutela judicial efectiva

De la jurisprudencia del Tribunal Constitucional se deduce que un precepto como el art. 85, que otorga la ventaja de la reducción de la sanción a cambio de prestar la conformidad a la sanción (mediante el reconocimiento de responsabilidad) no puede obligar a renunciar a la tutela judicial efectiva, ya que la posibilidad de acudir a los tribunales está siempre abierta mientras no transcurra el plazo de impugnación. Ante una situación normativa similar en parte a la del art. 85 LPAC, pero en vía tributaria (37), reconocía:

«La Ley no obliga al contribuyente a prestar su conformidad, ni impide tampoco que, una vez prestada ésta, se puedan ejercitar las acciones de impugnación. Pero es lógico, aunque la Ley no lo diga, que si se impugna la liquidación y la correspondiente multa, en cuya determinación se ha tenido en cuenta por la Administración la conformidad a la propuesta de liquidación de la deuda tributaria, deje entonces de operar ese criterio y su efecto de disminución de la cuantía» (STC 76/1990, de 26 de abril de 1990, FJ 7º).

De hecho, la redacción del art. 85 —tras su modificación en la tramitación parlamentaria— deja claro que en ningún momento se condiciona el ejercicio de la impugnación judicial de la sanción reducida por la citada ventaja de la reducción, y las numerosas sentencias en vía contencioso-administrativa relativas a impugnaciones de sanciones reducidas son buena muestra de ello.

La regulación de la reducción de sanciones en el Anteproyecto de Ley de Procedimiento Administrativo Común, incluida inicialmente en el art. 112, no mereció reproche alguno por el Consejo de Estado, aunque este sugirió que se mencionara la posibilidad de interponer recurso contencioso administrativo frente a la sanción reducida y pagada, siguiendo el modelo de la Ley de Tráfico (38).

(36) Durante la tramitación de la Ley se presentó una enmienda (la n. 131) dirigida a limitar las reducciones en vía reglamentaria, por el Grupo Parlamentario de IU, ICV-EUiA, CHA: *La Izquierda Plural* al artículo 85.3 que, entre otras cosas, establecía: «El porcentaje de reducción previsto en este apartado podrá ser incrementado reglamentariamente, con un máximo del 35 % por cada una de las reducciones». *BOCCGG, Congreso de los Diputados, Serie A Núm. 155-2* 28 de julio de 2015. Realmente estos límites protegen el principio de proporcionalidad.

(37) Art. 82 h) de la LGT derogada, en la redacción establecida por la Ley 10/1085, de modificación parcial de la Ley General Tributaria: «Las sanciones tributarias se graduarán atendiendo en cada caso concreto a: h) La conformidad del sujeto pasivo, del retenedor o del responsable a la propuesta de liquidación que se formule».

(38) «Sería conveniente, a fin de una adecuada salvaguarda del derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24 de la Constitución, precisar que el desistimiento

También varias de las enmiendas al art. 85 durante la tramitación parlamentaria proponían que se explicitase la posibilidad de recurso contencioso-administrativo frente a las citadas sanciones reducidas; aunque la renuncia exigida se refiere exclusivamente a acciones y recursos en vía administrativa, se ajusta mejor a la seguridad jurídica prever expresamente la posibilidad, en su caso, de la vía contenciosa (39).

En todo caso, no es cuestionable la posibilidad, en abstracto, de impugnar en vía judicial una sanción reducida por reconocimiento de responsabilidad, porque la renuncia exigida hace referencia exclusiva a las acciones y recursos administrativos. Como señala la STS de 18 de febrero de 2021 (rec. cas 2201/2020), FD 3º:

«A juicio de esta Sala, la solución a esta cuestión no ofrece duda alguna. Dada la claridad de la redacción del precepto mencionado, basta su simple lectura para constatar que no cabe alcanzar otra conclusión que no sea la de entender que la renuncia o el desistimiento que se exigen en el referido precepto para poder beneficiarse de las reducciones en el importe de la sanción se proyectan única y exclusivamente sobre las acciones o recursos contra la sanción a ejercitar en la vía administrativa y no en la judicial. Y esa claridad hace innecesaria la utilización de cualquier otro método de interpretación ("*in claris non fit interpretatio*"), como reiteradamente ha establecido este Tribunal Supremo (...)».

Pero además de la tutela judicial *sensu stricto*, hay que aludir a los derechos de defensa ejercitables en el procedimiento sancionador, tal y como reconoce igualmente la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. T. CANO CAMPOS plantea el problema de si la renuncia a realizar alegaciones y proponer pruebas (consecuencia de la finalización del procedimiento) se ajusta al derecho de tutela judicial efectiva que incide en el procedimiento sancionador. Aquí resultaría de aplicación la doctrina de la misma STC 76/1990, cuando establece las condiciones para la legitimidad de la reducción por terminación del procedimiento: «En la medida en que tal sacrificio no resulta desproporcionado, se adopta libremente por el interesado y con el mismo se obtiene

o renuncia de cualquier acción o recurso contra la sanción se refiere únicamente a la vía administrativa, no a la contencioso-administrativa, de manera análoga a la prevista en el artículo 80 del texto articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial aprobado por Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo» (Dictamen 275/2015, de 29 de abril, sobre Anteproyecto de Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, IV. 24).

(39) Véanse a este respecto la enmienda n. 51, del Grupo parlamentario vasco (EAJ-PNV) o 131, del Grupo parlamentario La Izquierda Plural en el Congreso de los Diputados (BOCCGG. Congreso de los diputados. Serie A Núm. 155-2 28 de julio de 2015), y las enmiendas n. 85, del Senador Jesús Enrique Iglesias Fernández, IU (GPMX), y n. 213, del Grupo Parlamentario Entesa pel Progrés de Catalunya (GPEPC) en el Senado (BOCCGG, Senado, apartado I, núm. 585-3954, de 25 de agosto de 2015).

un beneficio (...) que es el que mejor conviene a los intereses del peticionario (...), no hay transgresión de derecho fundamental alguno» (40). En el caso de la supresión de trámites del art. 85 LPAC se trata de una renuncia voluntaria y no hay un sacrificio desproporcionado, por lo que no supone una coacción que vulnere el derecho de defensa en los términos del art. 24 CE o del art. 6 CEDH (sentencia TEDH 27 de febrero de 1980, EDJ 641, *Deweer*) (41).

En el caso del reconocimiento de responsabilidad, tampoco hay infracción del derecho a no autoinculparse, porque se trata de un derecho que puede o no ejercerse, sin que pueda impedir la confesión de culpabilidad (42). Pero debe haber una recurribilidad limitada de las sanciones reducidas en vía contencioso-administrativa, sobre la base de la doctrina de los actos propios, como ha venido a confirmar la jurisprudencia (STS de 18 de febrero de 2021 (43)). No parece viable la renuncia a la vía judicial (al menos, si es irrevocable durante el plazo de impugnación), que podría conllevar la inconstitucionalidad del precepto (44), pero es evidente que quien ha reconocido su responsabilidad (con efectos jurídicos de reducción de la sanción) no puede ejercer la pretensión judicial en la misma extensión que quien no la reconoció.

Finalmente, la rebaja no puede ser de tal entidad que tenga un efecto disuasorio para el ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva. Podría haber situaciones en las que —como recuerda REBOLLO PUIG—, «más que un descuento puede verse como una agravación para el que ose combatir la sanción»; «no puede negarse que esto disuade del ejercicio del derecho de defensa y del acudir a los tribunales, lo que siempre es de resultado incierto

(40) STC 76/1990, de 26 de abril de 1990, FJ 7°. Se refiere el TC a un beneficio graciable —la condonación— mientras que en el caso del art. 85 LPAC es un beneficio atribuido por ley.

(41) CANO CAMPOS, T. (2018: 175). En el caso *Deweer* se planteó la renuncia —a modo de transacción— del señor *Deweer* al derecho a un proceso justo, garantizado por el artículo 6 del Convenio, renuncia determinada por la amenaza efectiva y grave de cierre provisional de su establecimiento. El Tribunal declaró que había violación del art. 6 del convenio.

(42) *Ibidem*.

(43) «(...) una cosa es que en tales casos subsista la posibilidad de impugnar en la vía jurisdiccional contencioso-administrativa la resolución sancionadora, y otra distinta que el sujeto que se haya visto beneficiado por la reducción de la sanción —por haber reconocido su responsabilidad en la infracción y haber renunciado a ejercitar acciones o recursos en vía administrativa contra la sanción— tenga que asumir, como contrapartida lógica, que se incremente la dificultad para impugnar con éxito en la vía judicial contencioso-administrativa la resolución sancionadora, porque esa será la consecuencia natural de haber reconocido voluntariamente su responsabilidad en aplicación de los principios de buena fe y de vinculación a los propios actos, que exigen a todos los sujetos que intervienen en el procedimiento la debida coherencia en sus comportamientos procesales».

(44) Cfr. GALLARDO CASTILLO, M.J. (2016) *Los procedimientos administrativos en la Ley 39/2015: análisis y valoración de la reforma*, Tecnos, Madrid, p. 370.

frente a la seguridad de obtener un sustancioso descuento» (45). Y este efecto disuasorio —criterio de ponderación del principio de proporcionalidad (46)—, podría llegar a ser contrario al propio derecho a la tutela judicial efectiva, tal y como reconoce la STC 140/2016, de 21 de julio de 2016 [FJ 10 c)].

C) El principio de proporcionalidad

La determinación —legal, y en su caso, reglamentaria— del porcentaje de reducción de la sanción por razón del pago anticipado y/o del reconocimiento de responsabilidad debe hacerse sin infringir los principios que rigen la imposición de sanciones, en especial el de proporcionalidad.

Las reducciones por pronto pago y reconocimiento de responsabilidad no deben alterar la proporcionalidad entre infracción y sanción, principio constitucional característico del Derecho sancionador y expresado en el art. 29.3 LRJSP: «*En la determinación normativa del régimen sancionador, así como en la imposición de sanciones por las Administraciones Públicas se deberá observar la debida idoneidad y necesidad de la sanción a imponer y su adecuación a la gravedad del hecho constitutivo de la infracción (...)*»; una reducción excesiva podría alterar dicha proporción.

En concreto, el principio de proporcionalidad exige también que el montante económico de la multa sea disuasorio, esto es, lo suficientemente elevado como para disuadir de cometer dicha infracción en el futuro (art. 29.2 LRJSP: «*El establecimiento de sanciones pecuniarias deberá prever que la comisión de las infracciones tipificadas no resulte más beneficioso para el infractor que el cumplimiento de las normas infringidas*») (47). Las reducciones factibles no pueden ser tan amplias que desnaturalicen la sanción.

Desde la perspectiva del imputado, a la cuantía sancionadora deben añadirse los costes vinculados a la sujeción temporal al procedimiento y a la tramitación que tiene el sancionado (de difícil cuantificación), esto es, la llamada «pena de banquillo». Y para la Administración, de la cuantía a cobrar

(45) Cfr. REBOLLO PUIG, M. (2016: 536).

(46) Sobre el efecto disuasorio (*chilling effect* —efecto escalofrío—), como canon de ponderación del principio de proporcionalidad en sentido estricto, casi siempre en relación con medidas restrictivas al ejercicio de derechos fundamentales sustantivos, véanse, entre otras, las SSTC 136/1999, de 20 de julio, FFJJ 20 y 29 c); 110/2000, de 5 de mayo, FJ 5; 88/2003, de 19 de mayo, FJ 8; 185/2003, de 27 de octubre, FJ 5; 108/2008, de 22 de septiembre, FJ 3, y 104/2011, de 20 de junio, FJ 6 (STC 140/2016, FJ 10).

(47) Esto supone que debe superar el beneficio que obtiene el infractor y debe tener en cuenta, además, el riesgo de que su infracción sea percibida por la Administración: SHAVELL, Steven (2016), *Fundamentos del análisis económico del Derecho*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, pp. 583-584.

por la multa deben descontarse los costes de tramitación; igualmente, la Administración tramitadora debe asumir los riesgos de que no se llegue a cobrar la multa (absolución, terminación anormal, inejecución, etc.).

Si esta es la situación ordinaria, cuando se realiza el pago adelantado, se produce la reducción de la sanción y se termina el procedimiento. Para el sancionado supone reducir la cuantía previsible y los costes de tramitación pero eliminar también las posibilidades de que la sanción no llegue a dictarse o a exigirse. Y para la Administración implica una disminución de ingresos, pero esta disminución queda compensada por la eliminación de los costes de tramitación y de los riesgos de no-cobro y, en su caso de los costes vinculados al proceso.

De acuerdo con lo anterior, la reducción de la sanción tiene que ser un porcentaje tal que cubra los riesgos de no-pago pero que mantenga su función disuasoria y si la reducción es excesivamente generosa, incentivará a los imputados al pronto pago y al reconocimiento de responsabilidad, pero puede no ser suficiente para disuadir de la comisión futura de infracciones (48). Por eso, la Ley y el reglamento deben encontrar el punto de equilibrio en los porcentajes de reducción (49).

Finalmente, también en relación con la proporcionalidad debe alertarse de un riesgo: la generalización de estas ventajas puede tener el efecto no querido de que los poderes públicos, para no ver reducida la recaudación (aunque sí los costes burocráticos) incrementen las cuantías de las sanciones de forma proporcional a las reducciones por pronto pago o reconocimiento de la responsabilidad (50); o bien que se incremente la iniciación de procedimientos sancionadores, de tal forma que los imputados —valorando la escasa eficacia de los recursos administrativos y la onerosidad de los judiciales— opten masivamente por la reducción de las sanciones por la vía del art. 85 LPAC (esta opción resulta más factible, porque no exige la actuación del legislador). Y esto

(48) Como señala DOMÉNECH, «las normas jurídicas influyen así sobre la conducta humana de una manera muy parecida —y tan predecible— a como lo hacen los precios. Si, por ejemplo, se endurece la sanción legalmente prevista para quienes cometan determinadas infracciones, es previsible, *ceteris paribus*, que disminuya el número de las mismas. Si se reduce la cuantía del impuesto que grava el consumo de un determinado producto, permaneciendo todo lo demás igual, cabe esperar que aumente dicho consumo» (DOMÉNECH PASCUAL, G. (2014) «Por qué y cómo hacer análisis económico del Derecho», *RAP* n. 195, pp. 99-133, p. 103). Sensu contrario, una reducción de la cuantía de las sanciones y del tiempo de sometimiento al procedimiento puede, indirectamente, estimular un cierto incremento del número de infracciones.

(49) Un análisis de la relación entre la reducción de la cuantía de la sanción como consecuencia de la autoinculpación, a efectos del carácter disuasorio de la sanción, puede verse en SHAVELL, S. (2016: 584).

(50) Cfr. CANO CAMPOS, T. (2018: 176). Insiste en la misma idea, calificando la práctica de «chantaje» y «extorsión» BUADES FELLÚ, J. (2019: 5).

puede suponer desviación de poder: utilización de una potestad sancionadora con fines principalmente recaudatorios.

V. EL PRONTO PAGO: RÉGIMEN DE SUS PECULIARIDADES

1. La realización del pronto pago y sus efectos

Como señala el art. 85.2 LPAC, el pago voluntario se puede hacer «*en cualquier momento anterior a la resolución*». La referencia debe entenderse hecha, en este caso, no a la fecha de la notificación de la resolución, sino a la fecha de la resolución misma, según la literalidad del precepto; y porque además, la seguridad jurídica no exige que el plazo se vincule a la notificación porque el pagador conoce perfectamente el plazo para hacer alegaciones a la propuesta de resolución que se le notificó en su momento (art. 89.2 LPAC) (51).

Lo que prohíbe en todo caso la Ley es que el pago se realice antes de la incoación del procedimiento, es decir, tras la denuncia (52). Tampoco se prevé un plazo determinado para realizar el pronto pago, a diferencia de la normativa de tráfico (art. 94 TRITSV) o de otras normas sectoriales (*vid. supra*).

Lógicamente no puede realizarse el pronto pago una vez que haya caducado el procedimiento, es decir, una vez que haya transcurrido el plazo de caducidad, aunque no se haya declarado formalmente esta. La razón es clara: un procedimiento caducado es un procedimiento inexistente (53).

Aunque no tiene ningún sentido realizar alegaciones simultáneamente al pago voluntario, porque este determina la finalización del procedimiento, sería factible, sin embargo, hacer alegaciones al acuerdo de iniciación y realizar el pago tras la propuesta de resolución, que puede haber aceptado o no dichas alegaciones, porque la LPAC no condiciona el pago a la no presentación de alegaciones (54).

En cuanto a los efectos, no es casual que la regulación del pago adelantado se incluya en el capítulo V, titulado «Finalización del procedimiento», y en el art. 85, cuyo título es: «Terminación en los procedimientos sancionadores».

(51) GÓMEZ ZAMORA, L. (2019: 586).

(52) Cfr. GALLARDO CASTILLO, M.J. (2016: 369).

(53) Como afirman categóricamente, entre otras, la STS de 10 de enero de 2017 (rec. 1943/2016), FD 5^o, o la posterior de 19 de marzo de 2018 (rec. 2054/2017), que recuerda que «si el procedimiento ha devenido inválido o inexistente, como consecuencia de su caducidad, ha dejado de ser un cauce adecuado para dictar una resolución administrativa válida que decida sobre el fondo, por lo que la Administración está obligada a reiniciar uno nuevo» (FD 2^o).

(54) En la legislación sectorial, sin embargo, hay casos en que el pronto pago se condiciona también a la no presentación de alegaciones o a tenerlas por no puestas, en su caso. Así, el art. 94.b) TRITSV o el 54.3 b) LOSC.

Los términos del art. 85 son claros: el pronto pago «*implica la terminación del procedimiento* [sancionador]». Por lo tanto, no cabe ya hacer ningún tipo de valoración porque toda actuación que se lleve a cabo es extraprocedimental. Así lo confirma las sSTSJ Castilla-La Mancha de 22 de noviembre y de 28 de diciembre de 2018, que mencionan una serie de principios generales del derecho que avalan la previsión legal y que se ven infringidos por la posible decisión de continuar la tramitación (55) o con la declaración de caducidad posterior al pago, porque supondría que el procedimiento no terminó con el pago (56). Detrás de la previsión legislativa que entiende terminado el procedimiento con el pago, está el principio de seguridad jurídica, sin perjuicio de otros (57).

Por otra parte, el pago anticipado implica el cumplimiento de una sanción. Tiene un efecto liberador que impide que pueda volver a tramitarse un procedimiento ni imponerse una sanción al mismo sujeto con relación a los mismos hechos y con el mismo fundamento, porque la responsabilidad se ha extinguido (58): el pago determina la aplicación del principio «*non bis in idem*» respecto de una posterior sanción administrativa (59). Por otra parte, la

(55) «Esta interpretación de la legalidad [que permite continuar el procedimiento tras el pago voluntario] contradice al menos los siguientes principios generales del Derecho: Principios de buena fe, confianza legítima y seguridad jurídica (arts. 9.3 CE, 3.1.e de la Ley 40/2015): pues contradice tales principios el ofrecer de manera categórica determinadas consecuencias en caso de que se produzca un determinado actuar por parte del administrado (comportamiento que incluye reconocimiento de hechos, desembolsos económicos y renuncia a acciones) y después no asumir tales consecuencias» (FD 2°).

(56) Y porque, como dicen las citadas sentencias, «Resultaría contrario a la idea misma que rige la caducidad, que es protectora del expedientado, el que se utilice por la Administración para perjudicarle respecto a lo que sería la resolución legalmente debida del expediente».

(57) Algunas sentencias, bajo la vigencia del art. 8.2 REPEPOS, acudieron al art. 1156 CC para justificar la terminación del procedimiento con el pago adelantado: véase la STSJ Val de 21 de mayo de 2003 (rec. 114/2000), FD 3° (vid., supra, capítulo II). Según el 1156 Cc, el pago es un medio de extinción de obligaciones (aunque en este caso, la obligación no preexiste).

(58) «La Administración se encuentra, tras el pago voluntario de la multa en cuantía reducida, con un impedimento en el plano procedimental; y, en el sustantivo, la responsabilidad del sancionador ya ha sido extinguida»: RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J.M. (2009: 176). Ya la jurisprudencia lo venía admitiendo para el pago adelantado bajo la aplicación del viejo art. 8.2 REPEPOS, por razones estrictas de seguridad jurídica: la STSJ Gal de 19 de junio de 2003 (rec. 4480/1999), FD 3° señalaba: «Sí en cambio tiene que ser acogida la alegación del recurrente que se refiere a la improcedencia de dictar una resolución que sanciona por una infracción más grave después de haber satisfecho el denunciado, haciendo uso de la facultad concedida por el artículo 8.2 del Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora (RD 1398/93), la sanción pecuniaria indicada en la propuesta de resolución (...)».

(59) Ahora bien, con respecto a un posible posterior proceso penal sobre los mismos hechos, el principio *non bis in idem* solo puede plantearse desde la vertiente sustantiva: señala

liberación de la obligación por pronto pago se ajusta igualmente los principios generales del derecho de obligaciones (60).

2. Sanción no expresa y obligación de resolver expresamente

Es evidente que no hay una resolución sancionatoria expresa, con un contenido obligatorio en ningún momento del proceso; el procedimiento sancionador termina como consecuencia del pago voluntario y no por sanción expresa (a diferencia de lo que se establece en general en el art. 85.1 respecto del reconocimiento de responsabilidad, donde se prevé «*la imposición de la sanción que proceda*»).

No han faltado autores que se han planteado si en estos casos hay o no sanción. Aunque la Ley no establezca en estos casos la obligación de imponer una sanción, haberla, «hayla»: así se deduce de los propios términos utilizados por la Ley (art. 85.3): «Las citadas reducciones... su efectividad estará condicionada al desistimiento o renuncia de cualquier acción o recurso en vía administrativa contra la *sanción*». Además, buena prueba de ello son todas las sentencias de los órganos judiciales que han resuelto impugnaciones de sanciones rebajadas. Destaca, en este sentido, la STS de 18 de febrero de 2021 (rec. n. 2201/2020), pero a lo largo de este trabajo se citan decenas de resoluciones de otros órganos judiciales. Parece claro además que, de entender que no hay resolución sancionadora, el pago previo no sería cumplimiento de una sanción y por tanto carecería de causa (61): la sanción justifica, causaliza el pago.

Sabiendo que el pago determina el cumplimiento de la multa, necesariamente la sanción nace y muere (es cumplida) con el pago. Por lo tanto, aunque el procedimiento, desde un punto de vista formal, termina con el pago, lo cierto es que, desde un punto de vista sustantivo, en ese pago se concentran la imposición de la sanción reducida y su cumplimiento.

No hay acto sancionador expreso, pero hay sanción: se puede entender que la sanción propuesta incluida en la imputación provisional se convierte,

RODRÍGUEZ DE SANTIAGO (2009: 178) que el *bis in idem* procedimental en estos casos depende de la complejidad del procedimiento y de la naturaleza y magnitud de la sanción que se pueda imponer (STC 2/2003, FJ 8º). Con un procedimiento prácticamente inexistente no sería factible, pues, exigir esta prohibición.

(60) «Como quiera que el pago según el art. 1156 del Código Civil extingue las obligaciones la Administración en materia pecuniaria debe dar por terminado el procedimiento y no puede imponer sanción pecuniaria superior» (STSJ Valencia de 21 de mayo de 2003 (rec. 114/2000), FD 3º).

(61) Así lo plantea igualmente J.R. CHAVES (2020) en «Sanciones tácitas por pago voluntario con rebaja», 22 de julio de 2020, <https://delajusticia.com/2020/07/22/sanciones-tacitas-por-pago-voluntario-con-rebaja/> (última entrada, 22 de abril de 2022).

mediante el pago, en sanción definitiva o produce los efectos de esta. Habría, por tanto, una «mutación» prevista por ley como consecuencia del pago (62).

La falta de previsión de una resolución expresa del procedimiento no conlleva, a pesar de la apariencia, una infracción de la obligación de resolver (art. 21 LPAC: «*La Administración está obligada a dictar resolución expresa y a notificarla en todos los procedimientos cualquiera que sea su forma de iniciación*»), porque debe entenderse que este art. 21 sigue siendo aplicable, aunque con las pertinentes adaptaciones al caso (63).

En efecto, tras el pago y la finalización del procedimiento la Administración tiene que dictar una resolución expresa: está obligada a ello por el art. 21.1 LPAC (64). La resolución que se dicte debe responder a la resolución surgida en virtud de la Ley en el momento del pago (constatación de la imposición de una sanción reducida y de su pago). No será una resolución «sancionadora» *sensu stricto*, fruto de la tramitación de un procedimiento sancionador, sino una resolución que constata la sanción reducida y el pago liberador de esa por el infractor (65).

Esta solución ha sido también mantenida por la jurisprudencia:

«Se trata [el pago] de una de las formas de terminación (como el desistimiento, la renuncia o la imposibilidad, art. 84) que deben dar lugar al subsiguiente dictado de una resolución que se limite a constatar la causa de finalización y a archivar el procedimiento o, si se quiere, a imponer la sanción, pero en la misma cuantía que la pagada con la reducción correspondiente» (STSJ Castilla-La Mancha de 22 de noviembre de 2018, rec. 384/2017, FD 2º).

(62) En este sentido, para las sanciones de tráfico e inspirándose en el art. 95.4 TRLTSV lo sugieren CANO CAMPOS, T. (2014), *Las sanciones de tráfico*, 2º edic., Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, p. 373 y RODRÍGUEZ DE SANTIAGO (2009: 172). El acto presunto, según el Diccionario Jurídico de la RAE es el «acto provocado por la interpretación que la ley permite dar al silencio de la Administración cuando tiene el deber de dictar una resolución expresa» En el caso del pago adelantado no hay silencio ante un deber de resolución expresa, porque el propio pago termina el procedimiento. Niegan también la existencia de acto presunto estos dos autores.

(63) REBOLLO PUIG, M. (2016: 532); PUIGMULÉ RECASENS (2022: 481).

(64) La objeción posible relativa al pago adelantado de las sanciones de tráfico, que excluye expresamente la necesidad de resolver expresamente (art. 94 d) TRLTSV: «Una vez realizado el pago voluntario de la multa (...), concluirá el procedimiento sancionador con las siguientes consecuencias: c) La terminación del procedimiento, sin necesidad de dictar resolución expresa, el día en que se realice el pago») podría justificarse por la previsión de la DA 1º LPAC, que dispone —entre otras cosas— que las actuaciones y procedimientos sancionadores en materia de tráfico se regirán por su normativa propia.

(65) En contra, GRIJALBA LÓPEZ, J.C. (2017), «Sobre el art. 85 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas», *Actualidad Administrativa* nº 7, p. 5, entiende que la sanción debe acordarse para tenerla en cuenta en procedimientos posteriores, a efectos de reincidencia (art. 29.3.d) LRJSP) y porque se renuncia a cualquier acción o recurso administrativo contra la sanción (art. 85.3).

Por eso, «la resolución que se dicte como consecuencia del pago no podrá más que ratificar lo que ya determina la Ley por ministerio de la misma, siendo mera constancia de los hechos acaecidos con ocasión del pago (66)», lo que inevitablemente recuerda a la regulación del silencio positivo de la LPAC (67).

De esta forma, debe dictarse resolución administrativa expresa, por exigencia del art. 21.1 LPAC, pero su contenido mínimo incluirá:

- determinación de la sanción (reducida)
- constatación del previo pago (condición para la citada reducción)
- archivo del expediente sancionador (68).

Además de ello, la notificación de esta resolución deberá expresar los requisitos aplicables al caso entre los que establece el art. 40.2 LPAC: indicar que pone fin a la vía administrativa, la expresión del recurso que proceda en vía judicial, el órgano ante el que hubiera de presentarse y el plazo para interponerlo.

3. La impugnación contencioso-administrativa de la sanción reducida exclusivamente por pronto pago

La terminación por pago anticipado no limita en modo alguno el acceso a la vía contencioso-administrativa, tanto por cuestiones de forma como de fondo (69). El pago adelantado implica el compromiso de no presentar recursos administrativos, pero no supone en modo alguno una renuncia a la impugnación judicial (70). Y tampoco limita, desde ningún punto de vista, las pretensiones

(66) Sentencias de 2 de mayo y de 3 de septiembre de 2019, del Juzgado de lo contencioso-administrativo n. 2 de Palma de Mallorca, rec. 80 y 88/2019, FD 1º.

(67) Según el art. 24.2 LPAC, «La estimación por silencio administrativo tiene a todos los efectos la consideración de acto administrativo finalizador del procedimiento», y el art. 24.3 completa: «La obligación de dictar resolución expresa a que se refiere el apartado primero del artículo 21 se sujetará al siguiente régimen: a) En los casos de estimación por silencio administrativo, la resolución expresa posterior a la producción del acto sólo podrá dictarse de ser confirmatoria del mismo».

(68) STSJ Castilla-La Mancha de 22 de noviembre y de 28 de diciembre de 2018, FD 2º.

(69) En el mismo sentido, GALLARDO CASTILLO, M.J. (2016: 371); CANO CAMPOS, T. (2018: 176); ALEGRE ÁVILA, J.M. (2020: 10). También bajo la legislación derogada (art. 8 REPEPOS), apuntaba a la misma conclusión REBOLLO PUIG, M. (2010: 997).

(70) Algo distinto ocurre en la legislación de tráfico. Para RODRÍGUEZ DE SANTIAGO (2009: 169 ss.), el pronto pago (en la legislación de tráfico) conlleva la recurribilidad limitada en vía contencioso-administrativa. Y ello, sobre la base de que la Exposición de Motivos de la reforma de la Ley de Tráfico que introdujo esta técnica en su configuración actual afirma que el pronto pago en estos casos se inspira en las sentencias de conformidad de los juicios rápidos regulada en la LEcrim, que impide la impugnación de dichas sentencias de conformidad por razones de fondo (art. 787.7 LEcrim): solo cabría la impugnación por motivos de forma y, destacadamente, por vicios de la voluntad del que realizó el pago anticipado.

en vía judicial, porque el pago voluntario, *per se*, no supone reconocimiento de responsabilidad y no es aplicable la doctrina de los actos propios.

Además, en el art. 85 LPAC la distinción entre reconocimiento de responsabilidad (que impide, efectivamente, la impugnación contencioso-administrativa de la sanción por motivos de fondo) y el previo pago es buena muestra de que, si hay pago pero no reconocimiento, por algo se hace, y no hay inconveniente para impugnar por motivos de fondo la sanción. Si no fuera así, ¿qué sentido tendría regular dos causas de reducción de la sanción bien acumulables, bien articulables autónomamente?

De hecho, en la práctica, el pago anticipado de la sanción sin reconocimiento simultáneo de responsabilidad supone que se pretende recurrir la sanción (71), porque no es aplicable la doctrina de los actos propios.

Lógicamente, la desestimación del recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la sanción reducida (y pagada) no implica en ningún caso la pérdida de la reducción: no lo dispone el art. 85 y además supondría una clara *reformatio in peius* porque la sanción impugnada ha sido impuesta y cumplida (72).

A efectos impugnatorios cabe plantear cuál es el momento del inicio (*dies a quo*) del plazo de impugnación: si el día del pago voluntario (art. 85.2 LPAC) o el día de la notificación de la terminación del procedimiento (art. 21.1 LPAC).

Hay algunas resoluciones judiciales que establecen que el *dies a quo* viene determinado por el pago, y no por la notificación de la resolución declarativa de la finalización del procedimiento (73). Este planteamiento no infringe el principio de seguridad jurídica: está claro que el sancionado sabe cuándo ha pagado; y aunque la ley guarda silencio respecto al inicio del plazo impugnatorio al respecto (74), entender que coincide con el momento del pago se ajusta correctamente a la regulación de los plazos de acceso al contencioso-administrativo. Y como la resolución expresa no es sancionadora, sino de mera constatación, en estos casos la notificación de la resolución declarativa podría configurarse como un acto meramente confirmatorio de otro anterior y no serviría para determinar el plazo de impugnación (75). Además, se ajusta a la previsión

(71) En el mismo sentido, REBOLLO PUIG, M., (2016: 532-533).

(72) En sentido similar, ALEGRE ÁVILA, J.M. (2020: 10, 19).

(73) En este sentido, p. ej., pueden verse las sentencias del Juzgado de lo contencioso-administrativo n. 2 de Mallorca, de 2 de mayo de 2019 (rec. 80/2019) y de 3 de septiembre del mismo año (rec. 88/2019), FD 1°.

(74) Cfr. GALLARDO CASTILLO, M.J. (2016: 370).

(75) No faltan sentencias de juzgados que lo señalan: las más arriba citadas del Juzgado n. 2 de Mallorca, de 2 de mayo y de 3 de septiembre de 2019 (recs. 80 y 88/2019) argumentan en su FD 1°, «Toda resolución posterior al pago voluntario que regula el artículo 85 será mera confirmación de la terminación ya producida y, por tanto, no deberá entenderse

del art. 46.1 LJCA, que establece que, en los supuestos de la impugnación de actos no expresos, el plazo comienza a correr desde el día siguiente al de la producción de dicho acto (en nuestro caso, al día siguiente del pago voluntario).

Más dudas suscita la extensión del plazo de impugnación. Según el art. 46.1 LJCA, si en los actos expresos es de dos meses desde la notificación de estos, en los presuntos, lo es de seis desde la producción del acto. En nuestro caso no hay acto presunto en el sentido de la LPAC y de la LJCA, por lo que parece lógico que se aplique el plazo de dos meses, teniendo en cuenta además que el interesado conoce el contenido del acto... porque lo ha cumplido.

VI. RECONOCIMIENTO DE RESPONSABILIDAD

1. Concepto

En el caso de la previsión del art. 85 LPAC, el denominado «reconocimiento de responsabilidad» no se refiere a una confesión, ni siquiera a una mera aceptación de los hechos, sino que constituye una «íntegra admisión de la acusación formulada, incluida la sanción» (76).

A) Atenuante articulado como modalidad de terminación procedimental

La legislación administrativa general no contiene una norma similar a la penal, que recoge la confesión de la infracción como atenuante general, siempre que se realice antes de que el infractor conozca que el proceso judicial se dirige contra él (art. 21 CP). Sin embargo, la técnica procesal penal comparable al reconocimiento de responsabilidad en Derecho administrativo sancionador es la denominada «sentencia de conformidad» en el proceso penal (77). Es clara la analogía entre el reconocimiento de responsabilidad en el procedimiento sancionador administrativo y las denominadas sentencias de conformidad en los juicios rápidos.

Sin perjuicio de ello, el Tribunal Constitucional considera la conformidad del sujeto pasivo con la propuesta de liquidación como un atenuante de la multa, en la línea del Código Penal. Y reconoce la proximidad con las sen-

comenzado el plazo con la notificación de esta sino con el pago realizado, en coherencia con el artículo 28 LJCA». (El art. 28 LJCA establece: «No es admisible el recurso contencioso-administrativo respecto de los actos que sean reproducción de otros anteriores definitivos y firmes y los confirmatorios de actos consentidos por no haber sido recurridos en tiempo y forma»).

(76) REBOLLO PUIG, M. (2016: 531).

(77) LÓPEZ TOMÁS, A. (2017), *Reforma Ley 39/2015. Novedades y especialidades en materia sancionadora y de responsabilidad patrimonial*, fe d'erratas, Madrid, p. 64.

tencias de conformidad de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (STC 76/1990, FJ 7º) (78).

Y aunque la LPAC no la prevea, en el ámbito comparado también se pueden encontrar regulaciones que califican expresamente el reconocimiento de la responsabilidad como atenuante (79), y en el Derecho español la Ley 2/1998, de 20 de febrero, *de la potestad sancionadora de las Administraciones Públicas de la Comunidad Autónoma del País Vasco* sí que incluye una circunstancia atenuante suficientemente amplia que incluiría el reconocimiento de responsabilidad (art. 7.7):

«También se valorará siempre como circunstancia atenuante la colaboración del imputado en el esclarecimiento de los hechos».

En todo caso, aunque la LPAC no califica como tal atenuante al reconocimiento de responsabilidad en el art. 85 LPAC, en la práctica dicho reconocimiento tiene un efecto atenuante automático *ex lege*, en cuanto es la ley la que determina la reducción de las sanciones pecuniarias. Ahora bien, curiosamente el reconocimiento de responsabilidad se incluye, desde el punto de vista sistemático, en la regulación de las modalidades de terminación del procedimiento sancionador, al igual que el pago voluntario.

B) Sus diferencias con el pago voluntario

Tanto el pago voluntario como el reconocimiento de responsabilidad constituyen causas de reducción de la sanción pecuniaria prevista. Se regulan

(78) «Por lo que respecta al art. 82 h) de la LGT, debe recordarse que su enunciado constituye uno más entre los distintos criterios que la ley prevé para graduar la cuantía de las sanciones tributarias, lo que significa ciertamente que la conformidad del sujeto pasivo, del retenedor o del responsable con la propuesta de liquidación que se le formule puede suponer una atenuación de la multa que sin tal conformidad podría serle impuesta. Se trata de una técnica cuyo designio es lograr una simplificación y celeridad en los procedimientos tributarios y cuyo empleo es por ello frecuente en la legislación comparada, no siendo tampoco completamente ajena al campo de la legislación penal, como lo acredita el hecho de que en el art. 9.9 de nuestro Código Penal se contemple una atenuante que guarda alguna similitud con el criterio sancionador que ahora examinamos, ni tampoco al de la legislación procesal penal, en la cual el art. 793.3.11 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal autoriza al Juez de lo Penal a reducir sensiblemente la pena, llegando incluso hasta la absolución, en una Sentencia de conformidad en la que el acusado hubiese reconocido los hechos» (STC 76/1990, de 26 de abril de 1990, FJ 7º, A).

(79) En el ordenamiento peruano la Ley 27444, de Procedimiento Administrativo General en su art. 236.2 establece: «Constituyen condiciones atenuantes de la responsabilidad por infracciones las siguientes: a) Si iniciado un procedimiento administrativo sancionador el infractor reconoce su responsabilidad de forma expresa y por escrito. En los casos en que la sanción aplicable sea una multa esta se reduce hasta un monto no menor de la mitad de su importe».

ambas en el mismo precepto, bajo el epígrafe «*Terminación del procedimiento sancionador*», y de la regulación legal se deduce que ambas actuaciones también conllevan la finalización del procedimiento sancionador en el caso de sanciones pecuniarias. Además, tratándose de este tipo de sanciones (80), en sendos supuestos la terminación del procedimiento es reglada, porque el órgano competente carece de capacidad para valorar las cuantías de reducción (que son de aplicación automática) y la terminación le es impuesta (81).

Sin embargo, hay claras diferencias entre una y otra causa, no solo por el contenido, sino también por los efectos; el reconocimiento de responsabilidad limita extraordinariamente la impugnación judicial (de acuerdo con la doctrina de los propios actos); sin embargo, el pago voluntario no conlleva en modo alguno aceptación de la responsabilidad: por sí solo implica el cumplimiento de la sanción (82) y, como se vio más arriba, no limita tampoco la impugnabilidad de la sanción.

C) Una explicación del art. 85.1 y su relación con el art. 85.3

El art. 85.1 LPAC establece: «*Iniciado un procedimiento sancionador, si el infractor reconoce su responsabilidad, se podrá resolver el procedimiento con la imposición de la sanción que proceda*».

Esta redacción es idéntica a la del art. 8.1 REPEPOS; la previsión reglamentaria, diseñada como potestativa, se condecía con los párrafos siguientes del art. 8, que configuraban las ventajas como potestativas (83). Sin embargo,

(80) No se entiende muy bien por qué solo se puede aplicar cuando las sanciones que son únicamente pecuniarias, y no cuando son pecuniarias y de otro tipo. No hay ningún motivo que lo justifique y se presta a que el ejercicio del derecho de reducción de la sanción quede condicionado a la previa decisión del órgano competente para iniciar el procedimiento o del instructor, que podrán incluir o no sanciones accesorias además de la multa (si proponen multa y otra sanción accesoria, aunque esta sea nimia, imposibilitan de facto el ejercicio del derecho de reducción). Por esta falta de justificación y por el riesgo de distorsionar la posibilidad de ejercicio del derecho, se ha propuesto la aplicabilidad a todas las multas, vayan o no acompañadas de otras sanciones no pecuniarias: REBOLLO PUIG, M. (2016: 533).

(81) En contra, A. QUEREDA TAPIA entiende que en los supuestos de reconocimiento de responsabilidad la resolución de terminación del procedimiento no es reglada, sino discrecional, de acuerdo con el término utilizado por el precepto (se refiere al art. 85.1) que no es imperativo sino facultativo, y es así para evitar que un reconocimiento de responsabilidad que no sea real permita encubrir al verdadero responsable (QUEREDA TAPIA, A., (dir) *et alii* (2018), *Manual práctico del instructor de procedimientos sancionadores administrativos y disciplinarios*, Thomson Reuters Aranzadi, 2ª edic., Cizur Menor, p. 162).

(82) *Vid., supra*, V.3.

(83) *Vid., supra*, II.2 Se podía ver como una posibilidad del órgano competente, que puede otorgar o no efecto vinculante al reconocimiento de responsabilidad, según GARBERÍ LLOBREGAT, J., y BUTRÓN RAMÍREZ, G. (2021: 1714).

en el art. 85 la voluntad de la ley fue crear un auténtico derecho a la reducción de las sanciones pecuniarias, para lo que el art. 85.2 determinó taxativamente la finalización del procedimiento por pronto pago (automática) y las reducciones de las sanciones propuestas en las cuantías determinadas (art. 85.3) por pronto pago o reconocimiento de responsabilidad.

Entonces, ¿cómo se justifica la redacción del art. 85.1? Reconoce la posibilidad de aplicación a todas las sanciones del principio procesal tradicional: «*A confesión de parte, relevo de prueba*» (84). Es decir, la aceptación de la responsabilidad imputada permite al instructor dar por terminada la instrucción sin necesidad de otras pruebas o de abrir el periodo de prueba.

El carácter habilitador y potestativo del art. 85.1 tiene su específica concreción para las sanciones pecuniarias en los párrafos siguientes. En estos casos, el reconocimiento de responsabilidad por el interesado produce, necesariamente, la reducción de la sanción y la terminación del procedimiento obligatorias.

Sendas características del contenido del art. 85.1 —carácter potestativo, principio procesal— se explican correctamente a la luz de los párrafos posteriores (85.2 y 85.3), que confirman la razón de ser del párrafo que les antecede.

En efecto, el citado principio procesal hace referencia a todo tipo de procedimientos sancionadores, de los que los dirigidos a imponer multas no son sino una especie. Por eso constituye una declaración general que queda concretada —en lo que se refiere a los procedimientos dirigidos a imponer sanciones pecuniarias— por las previsiones de los arts. 85.2 y 85.3, de carácter obligatorio para la Administración, en cuanto que reconocen un auténtico derecho a los imputados, y establecen que «la sanción que procede» (art. 85.1) es una sanción reducida. A idéntica conclusión se llega cuando se entiende el art. 85.1 (85) en el sentido de que el término «podrá» no habilita a la Administración para declarar discrecionalmente terminado el procedimiento cuando lo considere oportuno, sino que obliga a terminar el procedimiento cuando concurra el supuesto previsto por la norma, de acuerdo con la STSJ Gal de 16 de abril de 2003 (rec. 4479/1999), referida

(84) Véase la LECrim, arts. 694. «Si en la causa no hubiere más que un procesado y contestare afirmativamente, el Presidente del Tribunal preguntará al defensor si considera necesaria la continuación del juicio oral. Si éste contestare negativamente, el Tribunal procederá a dictar sentencia en los términos expresados en el artículo 655» y 695: «Si confesare su responsabilidad criminal, pero no la civil, o aun aceptando ésta, no se conformare con la cantidad fijada en la calificación, el Tribunal mandará que continúe el juicio. Pero, en este último caso, la discusión y la producción de pruebas se concretarán al extremo relativo a la responsabilidad civil que el procesado no hubiese admitido de conformidad con las conclusiones de la calificación. Terminado el acto, el Tribunal dictará sentencia».

(85) En este sentido, GOSÁLBEZ PEQUEÑO, H. (2016), *La nueva Ley del Procedimiento Administrativo Común*, El Consultor de los Ayuntamientos-Wolters Kluwer, Madrid, p. 336; GÓMEZ ZAMORA, L. (2019: 584).

esta al art. 8.2 REPEPOS, pero aplicable —por la literalidad del art. 85.1 LPAC— al caso (86).

En definitiva, el art. 85.1 LPAC es un criterio general y establecido en términos habilitantes, mientras que el art. 85.3 concreta aquél en la reducción de las sanciones pecuniarias, junto con otras peculiaridades procedimentales.

2. Ejercicio del reconocimiento de responsabilidad sin previo pago: momento oportuno y necesidad de resolución sancionadora expresa

Aunque una interpretación literal —literalísima— del término «sanción propuesta» (art. 85.3) lleve a que solo se pueden utilizar estas ventajas tras la instrucción del procedimiento y la propuesta de sanción, lo cierto es que esta interpretación resulta absurda, no acorde con la finalidad de la técnica. De hecho puede reconocerse antes la responsabilidad, «*iniciado el procedimiento sancionador*» (art. 85.1), desde que exista un pronunciamiento preciso sobre la posible sanción que corresponderían a los hechos imputados (87). Además, el art. 64.2 d) LPAC establece que el acuerdo de iniciación debe contener una indicación «*de que el presunto responsable pueda reconocer voluntariamente su responsabilidad, con los efectos previstos en el artículo 85*».

Por otra parte, si el pago puede hacerse en cualquier momento «*antes de la resolución*» y si el reconocimiento de responsabilidad y el pago voluntario son acumulables (y por tanto, pueden darse simultáneamente, en la medida en que el pronto pago determina la finalización del procedimiento), debe entenderse —la Ley no prohíbe esta interpretación— que también es aplicable el mismo *dies ad quem* al reconocimiento de responsabilidad: no

(86) «[...] [C]uando el redactor del precepto utiliza el término “podrá” no está facultando a declarar terminado el procedimiento cuando así lo considere oportuno el competente para ello, a modo de una facultad discrecional, sino obligándole a ello cuando concurra el supuesto que la norma prevé». «En favor de la interpretación expuesta debe significarse que el empleo del término “podrá” se contiene así mismo en el apartado 1 del artículo 8 citado, para un supuesto, cual es el del reconocimiento de su responsabilidad por el infractor, previendo que se resuelva el procedimiento, con la imposición de la sanción que proceda, y nuevamente se repite en el último párrafo del artículo al expresar que “*En los términos o períodos expresamente establecidos por las correspondientes disposiciones legales, se podrán aplicar reducciones sobre el importe de la sanción propuesta que deberán estar determinadas en la notificación de la iniciación del procedimiento*”». «Ambos supuestos, especialmente el segundo por su tenor literal y los dos por una interpretación lógica y finalística permiten deducir que son de aplicación obligada, al igual que lo es el trámite de conformidad en la vía penal» (STSJ Galicia de 16 de abril de 2003, FD 4º). Esta interpretación del art. 8.2 REPEPOS, no obstante, fue posteriormente sustituida por la que entendía que el citado precepto abría un margen de disponibilidad a la propia Administración: *vid., supra*, capítulo I.

(87) En sentido similar, REBOLLO PUIG, M. (2016: 532).

aplicarlo supondría condicionar la acumulabilidad y estaría imponiendo un plazo para el ejercicio de esta carga que la Ley básica no ha querido imponer ni delegar en la legislación sectorial) (88). Puede pensarse, no obstante, que admitir el reconocimiento de responsabilidad hasta el momento antes de la resolución sancionadora es contrario a la finalidad de esta técnica, en cuanto que no conlleva ahorro de la tramitación del procedimiento sancionador; sin embargo, a pesar de ello sí que supone un ahorro importante al evitar de forma segura los recursos administrativos y de forma prácticamente segura la tramitación judicial.

Por lo dicho no parece correcto (salvo que se entienda sin perjuicio de la aplicación del precepto básico) el establecimiento de un plazo en el acuerdo inicial para el cumplimiento de sendas cargas, como dispone la legislación foral general navarra o la Ley castellano-manchega (89): el art. 85 LPAC no condiciona el cumplimiento a un plazo y menos aún a un plazo establecido por el órgano iniciador el procedimiento.

No se pueden hacer alegaciones posteriores al reconocimiento de responsabilidad ni tampoco simultáneas, porque el reconocimiento obliga a resolver el procedimiento. Respecto a las posibles alegaciones anteriores, el reconocimiento no incide sobre ellas, por la misma razón (90).

En lo no previsto por el párrafo 3º del art. 85 a efectos de reconocimiento de responsabilidad, debe aplicarse el art. 85.1. El reconocimiento de responsabilidad —íntegra admisión de la acusación— conlleva la obligación de que el órgano competente resuelva el procedimiento imponiendo «la sanción (reducida) que proceda», si no hubo previo pago.

(88) En contra, PUIGMULÉ RECASENS (2022: 477) entiende que la frase «iniciado el procedimiento» implica que no puede reconocerse la responsabilidad cuando está a punto de finalizar y se han formulado alegaciones.

(89) Ley Foral 11/2019, de 11 de marzo, de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra y del Sector Público Institucional Foral, art. 121.1: «El órgano competente para resolver el procedimiento aplicará, en base a lo dispuesto en el artículo 85 de la Ley 39/2015, ... los siguientes porcentajes de reducción de las sanciones pecuniarias: (...) *Ambas reducciones sólo serán acumulables entre sí siempre que se realicen en el plazo otorgado para el reconocimiento de la responsabilidad en la letra a)*». Ley 3/2017 de Castilla-La Mancha, de 1 de septiembre, *en materia de gestión y organización de la Administración y otras medidas administrativas*, art. 4: «En los procedimientos sancionadores de competencia autonómica en los que se proponga la imposición de una sanción leve o grave, el porcentaje de las reducciones establecidas en el artículo 85 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, podrá ascender hasta un máximo de un 50 % sobre el importe de la sanción propuesta en el acuerdo de inicio siempre que el infractor reconozca su responsabilidad y efectúe el pago voluntario en el plazo otorgado en dicho acuerdo».

(90) En contra, PUIGMULÉ RECASENS (2022: 475) entiende que no cabe la reducción por reconocimiento tras haber realizado alegaciones contrarias, porque se estarían realizando actos incompatibles.

No es necesaria, por tanto, más tramitación (se conoce ya cuál es la sanción a imponer), por lo que no cabe tramitar un expediente inútil; pero el órgano competente debe imponer la sanción. A diferencia del pago voluntario, en el que no hay resolución sancionadora expresa y debe constatarse la sanción por la posterior resolución expresa de la Administración, el reconocimiento por sí solo (si no va acompañado de previo pago) no conlleva cumplimiento de la sanción pecuniaria, sino únicamente renuncia a la vía administrativa, y debe dictarse una sanción expresa (91). No se hace preciso realizar más trámites, pero sí debe haber una resolución sancionadora expresa con los requisitos aplicables al caso del art. 90 LPAC. Lógicamente, el incumplimiento de la obligación de resolver expresamente en plazo en estos casos provoca la caducidad del procedimiento y, con ella, la inexistencia de este y del propio reconocimiento de responsabilidad, que podrá reiterarse si se vuelve a incoar el procedimiento (por no haber prescrito la potestad sancionadora).

En todo caso, serán casos muy excepcionales —previsiblemente vinculados a la falta de liquidez del sancionado— los supuestos de reconocimiento de responsabilidad que no vayan acompañados de pago voluntario.

3. El control contencioso-administrativo de las sanciones reducidas por reconocimiento de responsabilidad

Aunque, como se vio más arriba, no es cuestionable la posibilidad, en abstracto, de impugnar en vía judicial una sanción reducida por reconocimiento de responsabilidad, en la práctica la impugnación va a verse fuertemente limitada por el principio de los propios actos, cuando ha habido reconocimiento de responsabilidad (92). La citada STS 18 de febrero de 2021 (rec cas. 2201/2020) establece la doctrina al respecto. Lo dice en su FD 3º:

«Ahora bien, una cosa es que en tales casos subsista la posibilidad de impugnar en la vía jurisdiccional contencioso-administrativa la resolución sancionadora, y otra distinta que el sujeto que se haya visto beneficiado por la reducción de la sanción —por haber reconocido su responsabilidad en la infracción y haber renunciado a ejercitar acciones o recursos en vía administrativa contra la sanción— tenga que asumir, como contrapartida lógica, que

(91) En el mismo sentido, GÓMEZ ZAMORA, L. (2019: 583).

(92) ALEGRE ÁVILA, J.M. (2020: 10,19) entendía que el reconocimiento de responsabilidad cierra terminantemente las puertas a cualquier impugnación, en vía administrativa o jurisdiccional, de la sanción recaída de resultados del referido reconocimiento de responsabilidad, a diferencia del pago voluntario. Y concluye, con razón, que, precisamente por este efecto impeditivo, la reducción ligada al reconocimiento de responsabilidad debería ser mayor que la vinculada al previo pago.

se incremente la dificultad para impugnar con éxito en la vía judicial contencioso-administrativa la resolución sancionadora, porque esa será la consecuencia natural de haber reconocido voluntariamente su responsabilidad en aplicación de los principios de buena fe y de vinculación a los propios actos, que exigen a todos los sujetos que intervienen en el procedimiento la debida coherencia en sus comportamientos procesales» (93).

La impugnación se dificulta porque el beneficiado por la reducción de la sanción ha reconocido su responsabilidad sancionadora, esto es, ha reconocido en toda su extensión los diversos elementos de la imputación realizada: la doctrina de los actos propios juega en contra del sancionado (94). Pero no se elimina el acceso al contencioso, aunque sus posibilidades se reducen a la siguiente actuación, como dice la sentencia a continuación:

«Para que dicha impugnación pueda tener éxito tendrá que proporcionar al juzgador una *sólida explicación que justifique cumplidamente el motivo por el que, habiendo asumido primeramente su responsabilidad por la infracción cometida —que conlleva el reconocimiento de la concurrencia de los elementos objetivo y subjetivo de la infracción, es decir, de su participación en los hechos tipificados y de su culpabilidad—, después, en vía judicial, sostiene la inexistencia de la infracción, negando la concurrencia de los mencionados elementos constitutivos de la infracción y evidenciando así un comportamiento procesal notoriamente contradictorio*».

Si esto es así, ¿qué es lo que, en la práctica, va a poder impugnar un administrado que ha reconocido su responsabilidad a cambio de una reducción de la sanción? RODRÍGUEZ DE SANTIAGO habla de «recurribilidad reducida» y afirma que lo que ha aceptado el infractor son los hechos imputados y su calificación jurídica [la tipificación como infracción y la sanción correspondiente]; lo que puede impugnar, por tanto, son vicios de forma. En concreto, vicios en el consentimiento del particular al aceptar la responsabilidad, vicios de

(93) Sobre la doctrina de los actos propios, la misma sentencia la expone poco más abajo, con cita de jurisprudencia del mismo tribunal: «conviene citar, por todas, la STS 81/2021, de 27 de enero que, con invocación de otras sentencias anteriores dictadas por este Tribunal, recuerda que “la llamada doctrina de los actos propios o regla que decreta la inadmisibilidad de *venire contra factum proprium* surgida originariamente en el ámbito del Derecho privado, significa la vinculación del autor de una declaración de voluntad generalmente de carácter tácito al sentido objetivo de la misma y la imposibilidad de adoptar después un comportamiento contradictorio, lo que encuentra su fundamento último en la protección que objetivamente requiere la confianza que fundadamente se puede haber depositado en el comportamiento ajeno y la regla de la buena fe que impone el deber de coherencia en el comportamiento y limita por ello el ejercicio de los derechos objetivos”».

(94) BOTO ÁLVAREZ, A. (2021), «A vueltas con los actos propios: la trascendencia judicial de acogerse a los incentivos por autoincriminación en vía administrativa», *Actualidad Administrativa* n° 6, p. 8.

incompetencia del órgano, defectos en la notificación (95) o en la tramitación (caducidad, prescripción (96)); incluso cabría argumentar la hipótesis posible de que alguien paga de buena fe, pero con posterioridad tienen lugar hechos o aparecen pruebas desconocidas por aquél, las cuales pueden demostrar su inocencia o minorar la culpabilidad (97).

VII. RÉGIMEN COMÚN DEL PAGO Y RECONOCIMIENTO Y APLICACIÓN CONJUNTA DE AMBOS SUPUESTOS

Aunque los regímenes de pago voluntario y de reconocimiento de responsabilidad en las sanciones administrativas son autónomos, el propio art. 85.3 admite que las reducciones generadas en cada supuesto son acumulables: «en ambos casos, cuando la sanción tenga únicamente carácter pecuniario, el órgano competente para resolver el procedimiento aplicará reducciones de, al menos, el 20% sobre el importe de la sanción propuesta, siendo éstos acumulables entre sí».

Ordinariamente los interesados cumplen ambas cargas. Es raro que solo haya pago voluntario (normalmente, para poder recurrir después la sanción) y más raro aún que solo haya reconocimiento de responsabilidad.

Además del uso general de los dos supuestos conjuntamente, hay una serie de elementos que no difieren en ninguno de los dos regímenes, y que por eso se analizan aquí.

1. El momento del cumplimiento de las cargas: son simultáneas y no se someten a plazo

Respecto del *dies a quo* del plazo para el cumplimiento de sendas cargas, el art. 85.3 LAP establece que el órgano resolutor «aplicará reducciones de, al menos, el 20% de la “sanción propuesta”». Estas reducciones «deberán estar determinadas en la notificación de iniciación del procedimiento». Este acuerdo de iniciación propone una sanción (art. 64.2 b) LPAC). Por tanto, el porcentaje previsto se aplicará a la posible sanción indicada en el mismo acuerdo (98): no

(95) RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J.M. (2009: 169-170); cita también a LOZANO CUTANDA, B. (1990: 123).

(96) GÓMEZ ZAMORA, L. (2019: 589).

(97) «P. ej. ... alguien paga una sanción y luego tiene noticia de la interferencia de un tercero en su comisión, etcétera»: así lo plantea J.R. CHAVES en su blog jurídico: «Pagar o recurrir? He ahí el dilema», *de la Justicia.com*, 13 de marzo de 2021.

(98) Si excepcionalmente —como señala el art. 64.3 LPAC— «cuando en el momento de dictar el acuerdo de iniciación no existan elementos suficientes para la calificación inicial de

debe proponerse una horquilla porque en caso contrario se impide el ejercicio del derecho a la reducción por previo pago (99), y se entorpece el ejercicio del derecho a la reducción por reconocimiento de responsabilidad, por falta de seguridad jurídica (100).

Sin embargo, es evidente que en el trámite de la propuesta de sanción (art. 89 LPAC) (que culmina la instrucción del procedimiento) hay una sanción *propuesta*, que podría coincidir o no con la del acuerdo inicial de imputación. También a esta propuesta sería aplicable el porcentaje indicado en la notificación del acuerdo inicial, aunque la cuantía de la sanción que se propone no sea la misma que la de dicho acuerdo. Además, en la medida en que el pago voluntario «incentivado» debe hacerse antes de la resolución, siempre será posible realizarlo durante el plazo de alegaciones que se concede en la propuesta de resolución (art. 89.2 LPAC) (101). Por eso, aunque la LPAC no lo prevé, conviene que la propuesta de resolución incluya también la advertencia por pronto pago o por reconocimiento de responsabilidad, en su caso. Es una correcta práctica habitual en numerosas Administraciones públicas y no han faltado referencias en la jurisprudencia a dicha práctica (102). Ahora bien, incluso aunque no la incluya, las reducciones que se realicen como consecuencia del pago o reconocimiento posterior a la propuesta se aplican a la posible sanción mencionada en este trámite.

Esta posibilidad de pago/reconocimiento tras la propuesta de resolución chocaría con una de las razones de ser de esta técnica —el principio de econo-

los hechos que motivan la incoación del procedimiento, la citada calificación podrá realizarse en una fase posterior mediante la elaboración de un Pliego de cargos». En estos casos, las reducciones deberán indicarse en la notificación del pliego de cargos: REBOLLO PUIG (2016: 533).

(99) *Ibidem*, p. 534. En el mismo sentido, HERNÁNDEZ JIMÉNEZ, H. (2021:1). Bajo la legislación derogada, apuntaba a la misma exigencia REBOLLO PUIG, M. (2010: 997).

(100) Es muy interesante el asunto resuelto por STSJ Castilla-La Mancha de 28 de diciembre de 2018 (rec. 383/2017), porque hace referencia a un procedimiento sancionador, iniciado con un escrito en el que el órgano competente incoa una determinada infracción y señala un margen para la sanción posible, de 3001 a 15000 euros. El imputado reconoce de forma inmediata su responsabilidad, pero no se le permite el pago adelantado por falta de concreción de la cuantía y anuncia, eso sí, su intención de pagarlo antes de la resolución. A continuación, sin más trámites, se notifica la propuesta de resolución de la sanción mínima (3001 euros), con base en la cual se realiza nuevamente el reconocimiento de responsabilidad y el pago, por una cuantía de 1800 euros. Se aprecian errores de tramitación, todos ellos derivados de la falta de concreción de la sanción posible en el escrito de iniciación: hubo que abrir el trámite de propuesta, hubo que reiterar la posibilidad de reconocer la responsabilidad, el imputado tuvo que retrasar el pago hasta el último momento.... Toda esta tramitación inútil se habría evitado si se hubiese concretado la cuantía sancionatoria en el acuerdo de iniciación.

(101) Véase, p. ej., la SAN de 15 de abril de 2013, rec. 21/2013, FD 3°.

(102) Véase, p. ej., la STSJ Castilla-La Mancha de 22 de noviembre de 2018, rec. 384/2017, FD 1°.

mía procedimental— porque se supone que ya se ha instruido el procedimiento y por lo tanto, no quita «trabajo» al órgano instructor. Sin embargo, como se señaló *supra*, resulta perfectamente factible, porque se ajusta a los términos de la Ley, beneficia al particular y no impide la aplicación de dicho principio, ya que la condición de no impugnar la sanción en vía administrativa se mantiene, evita la ejecución forzosa de la sanción (por el previo pago) y, en la práctica, como vimos, también la impugnación contencioso-administrativa en la mayor parte de las ocasiones, por razón de la doctrina de los actos propios (por el reconocimiento de responsabilidad).

Por lo tanto, a efectos de la acumulación de reducciones, la sanción «propuesta» (susceptible de reducción) puede ser, tanto la incluida en el acuerdo de iniciación, como la incluida en la propuesta de resolución (103).

Esta deducción es coherente con el art. 85.2 cuando señala que el pago voluntario se podrá realizar «*en cualquier momento anterior a la resolución*»; si tanto el pago como el reconocimiento determinan la finalización del procedimiento y si las reducciones correspondientes son «acumulables», debe entenderse que el cumplimiento de sendas cargas tiene que ser necesariamente simultáneo y anterior a la resolución. Además, la Ley no establece —esto es clave— ninguna limitación temporal al reconocimiento de responsabilidad. Por eso no son admisibles las fórmulas utilizadas por algunas leyes que permiten el reconocimiento de responsabilidad en un plazo determinado tras el inicio del procedimiento para poder obtener la ventaja de la reducción (*vid. supra*). Antes bien, lo único que exige la LPAC es que el procedimiento se haya iniciado y (por coherencia) no haya terminado (104).

Finalmente, no es exigible que el reconocimiento de responsabilidad sea expreso, sino que puede estar implícito en los casos en los que el afectado lleve a cabo el pronto pago que incluya tanto el descuento por el pago adelantado como el correspondiente al reconocimiento de responsabilidad (105).

2. El condicionamiento de las reducciones al no ejercicio de acciones o recursos

A) Renuncia y desistimiento

Según los términos que utiliza la Ley, la efectividad de las reducciones «estará condicionada al desistimiento o renuncia de cualquier acción o recurso en vía administrativa».

(103) En el mismo sentido, REBOLLO PUIG, M. (2016: 531).

(104) Cfr. BUADES FELIÚ, J. (2019: 5).

(105) En el mismo sentido, PUIGMULÉ RECASENS (2022: 477).

La Ley alude a la renuncia y al «desistimiento», entendidos no como formas de terminación del procedimiento (art. 84 LPAC) sino como causas de no incoarlo; encajan mejor en la renuncia de derechos del Código Civil [art. 6.2 (106)] que en la renuncia o desistimiento en los procedimientos ya iniciados a instancia de parte [art. 94.1 LPAC (107)].

Los términos están mal utilizados ya que, al tratarse de recursos o acciones en vía administrativa, no hay una renuncia *stricto sensu* (al derecho) sino un desistimiento (a la acción) dado que el derecho podrá defenderse en vía judicial contencioso-administrativa, aunque en sentido amplio puede hablarse de una renuncia a la utilización de recursos y acciones administrativas. En todo caso, no exige la ley una declaración escrita firmada de renuncia, y cabe entender que la renuncia puede ser tácita mediante la no interposición de recurso administrativo alguno (108).

Los beneficiarios de la reducción no pueden interponer recursos administrativos ordinarios ni extraordinarios. Cabe revisión de oficio si la Administración aprecia indicios de nulidad de pleno derecho (109), pero no revisión de oficio a instancia de parte (art. 106.1 LPAC), porque el art. 85 LPAC exige la renuncia explícita a cualesquiera recursos o acciones en vía administrativa.

¿Es revocable esta renuncia o desistimiento? Alguna resolución judicial ha entendido que es irrevocable (al confirmar la inadmisibilidad de los recursos administrativos entablados con posterioridad a la reducción de la sanción) (110). En esta línea, si el compromiso contraído por el supuesto infractor ha sido aceptado por su destinatario (Administración), esta inadmitirá cualesquiera recursos administrativos posteriores.

(106) «2. La exclusión voluntaria de la ley aplicable y la renuncia a los derechos en ella reconocidos sólo serán válidas cuando no contraríen el interés o el orden público ni perjudiquen a terceros».

(107) «Todo interesado podrá desistir de su solicitud o, cuando ello no esté prohibido por el ordenamiento jurídico, renunciar a sus derechos». Por eso, esta terminología ha sido objeto de crítica: no parece viable desistir o renunciar a un recurso que todavía no ha podido interponerse: en este sentido, GALLARDO CASTILLO, M.J. (2016: 370).

(108) En el mismo sentido, GÓMEZ ZAMORA, L. (2019: 583). También lo prevé así el art. 121.3 de la Ley Foral 11/2019.

(109) En el mismo sentido, RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J.M. (2009: 175). Sin embargo, no cabe alegar la existencia de errores materiales para modificar la propuesta de sanción una vez que el particular ha realizado el pago en cuestión. Así lo hace ver la STSJ Galicia de 5 de noviembre de 2021 (rec. 4185/2019), que a la luz de las garantías del derecho de defensa en el procedimiento sancionador impide que el instructor pueda formular una nueva propuesta de resolución (FD 4°).

(110) Véase, p. ej., la sentencia de 11 de febrero de 2019, del Juzgado de lo contencioso-administrativo n. 2 de Cáceres (rec. 135/2018).

Sin embargo, la mayor parte de la doctrina es partidaria de entender revocable la renuncia, de tal manera que la obtención de la reducción no obstaría a la interposición de recursos administrativos con posterioridad, siempre que la Administración exija el porcentaje de reducción (111). Se trataría, así, de una condición resolutoria: si no se interponen recursos administrativos se mantiene el beneficio, pero este puede desaparecer si se interponen los recursos administrativos pertinentes. Sin embargo, esta solución conlleva una tramitación más compleja (por la necesidad de exigir el *quantum* rebajado) y no es deducible de la letra de la Ley. Por otra parte, la renuncia solo a los recursos administrativos no puede implicar pérdida de la tutela judicial efectiva.

B) Cuando el órgano sancionador tiene superior jerárquico: una propuesta en favor de la tutela judicial

Lógicamente, si el competente para imponer la sanción es un órgano cuyos actos no agotan la vía administrativa, la renuncia al recurso administrativo de alzada conlleva el riesgo de inadmisión del recurso contencioso-administrativo (112). Por eso, se ha propuesto oportunamente la inclusión de una cláusula, similar a la recogida en la TRILSV, de que la finalización del procedimiento implica a su vez el agotamiento de la vía administrativa (113).

Ahora bien, en ausencia de una cláusula similar a la del art. 94 TRILSV, en los casos del art. 85 en que el órgano competente tenga superior jerárquico, ¿debe entenderse que se está renunciando al contencioso-administrativo, que justamente tiene por objeto material —entre otras actuaciones— los actos que agotan la vía administrativa (art. 25.1 LJCA)? ¿Cabría entender que en estos casos podría accederse al contencioso sin necesidad de interponer el correspondiente recurso de alzada?

La redacción del art. 85 busca únicamente evitar la interposición de recursos en vía administrativa. Es conforme con la tutela judicial entender que no hay una renuncia a la vía judicial tampoco cuando el órgano competente

(111) CANO CAMPOS (2018: 175), posiblemente inspirado en la normativa tributaria, entiende que sería más correcta la posibilidad de interponer recursos administrativos, que implicaría la pérdida del beneficio de la reducción de sanciones. En el mismo sentido, véase GALLARDO CASTILLO, M.J. (2016: 370); GÓMEZ ZAMORA, L. (2019: 583).

(112) Cfr. QUEREDA TAPIA, A. (dir) *et alii* (2018) *Manual práctico del instructor de procedimientos sancionadores administrativos y disciplinarios*, Thomson Reuters Aranzadi, 2ª edic., Cizur Menor, p. 163.

(113) CANO CAMPOS, T. (2018: 175). MARTÍN REBOLLO considera fundamental e imprescindible esta previsión sobre el agotamiento de la vía administrativa: MARTÍN REBOLLO, L. (2016), «La potestad sancionadora y la responsabilidad patrimonial: los nuevos “procedimientos comunes especializados”», en LÓPEZ MENDUO, F. (dir), *Innovaciones en el Procedimiento Administrativo Común y el Régimen Jurídico del Sector Público*, Editorial Universidad de Sevilla, p. 360.

para sancionar no es el superior jerárquico en su organización. Por eso, debería entenderse que, en los casos de reducción de sanciones por previo pago y/o reconocimiento de responsabilidad, el previo pago o la resolución sancionadora expresa implican el agotamiento de la vía administrativa; es decir, esta «terminación anormal» del procedimiento conlleva el agotamiento de la vía administrativa, sea cual sea el órgano competente para sancionar. A diferencia del art. 94 TRLTSV, que lo reconoce expresamente, el art. 85 LPAC no lo hace, posiblemente por olvido. Pero la interpretación que mejor se ajusta al art. 24 CE es precisamente la que entiende que el pronto pago y/o el reconocimiento de responsabilidad conllevan la finalización del procedimiento y el agotamiento de la vía administrativa (114). Por eso, los supuestos del art. 85 debería haber quedado incluido en el listado de supuestos que agotan la vía administrativa en el art. 114 LPAC.

3. La terminación del procedimiento y su control

Como se vio más arriba, mientras el pago voluntario conlleva un acto sancionador no expreso (simultáneo al pago) que después debe plasmarse formalmente, el reconocimiento de responsabilidad sin más conlleva la emisión de una decisión sancionadora expresa (porque el reconocimiento no implica preexistencia de sanción ni cumplimiento). La terminación del procedimiento, cuando se realizan simultáneamente el pago y el reconocimiento de responsabilidad, sigue el régimen de la terminación por previo pago, porque este, al suponer simultáneamente el surgimiento de la sanción y su cumplimiento, «arrastra» al régimen de terminación por resolución sancionadora propio del reconocimiento de responsabilidad.

En el caso de que ambas ventajas —las derivadas del pago adelantado y del reconocimiento de responsabilidad— se den juntas, es indudable que el procedimiento termina con el pago, pero después debe una resolución expresa de constatación de la sanción reducida impuesta y pagada (en virtud del art. 21 LPAC). Esta necesidad de posterior resolución expresa se deduce también de la frase del art. 85.3: «*el órgano competente para resolver el procedimiento aplicará reducciones de, al menos...*» (115).

(114) En el mismo sentido, PUIGMULÉ RECASENS, I. (2022), «Terminación del procedimiento por reconocimiento de responsabilidad y pago anticipado», en BURGÜÉS PASCUAL, A.M. y GARCÍA CRUZ, P. (coord.), *Derecho Administrativo Sancionador*, Atelier, Barcelona, pp. 482-483. A esta solución parece apuntar REBOLLO PUIG (2016: 535) cuando afirma que «habría que entender que las resoluciones sancionadoras dictadas en estos casos agotan la vía administrativa, lo que no se ha explicitado». En contra, GARBERÍ LOBREGAT (2021: 1718) entiende que el desistimiento o renuncia a los recursos en vía administrativa comporta también la renuncia a la vía judicial en los casos en que no se haya agotado la vía administrativa.

(115) REBOLLO PUIG, M. (2016: 534).

Si la terminación del procedimiento, cuando se producen simultáneamente previo pago y reconocimiento se rige por la regulación del previo pago, sin embargo, el alcance del recurso contencioso-administrativo contra la sanción impuesta se rige por el régimen del reconocimiento de responsabilidad, esto es, por el principio de impugnabilidad limitada, precisamente porque resulta de aplicación la doctrina de los propios actos.

4. Los supuestos de continuación del procedimiento no-sancionador

El art. 85.2 LPAC establece que el pago voluntario implicará la terminación del procedimiento «*salvo en lo relativo a la reposición de la situación alterada o a la determinación de la indemnización por los daños y perjuicios causados por la comisión de la infracción*». Hay, por tanto, una cierta autonomía del procedimiento de ejercicio de las potestades de exigencia de reposición de la situación alterada y de determinación de la indemnización con respecto al ejercicio de la potestad sancionadora (116), ya que si este termina por pronto pago o reconocimiento de la responsabilidad, puede continuar, sin embargo, el de exigencia de responsabilidades.

En efecto, por una parte, las medidas sancionadoras y las de exigencia de reposición y/o determinación de la indemnización de daños y perjuicios pueden ser impuestas por el mismo órgano y en el mismo procedimiento (sancionador) y como consecuencia de la misma conducta infractora. Así se deduce del art. 28.2 LRJP: «*Las responsabilidades administrativas que se deriven de la comisión de una infracción serán compatibles con la exigencia al infractor de la reposición de la situación alterada por el mismo a su estado originario, así como con la indemnización por los daños y perjuicios causados, que será determinada y exigida por el órgano al que corresponda el ejercicio de la potestad sancionadora*».

Pero por otra, se trata de medidas de naturaleza jurídica diferente —sancionadora vs. reparadora (117)— con diverso fundamento; los regímenes jurídicos respectivos apuntan además importantes diferencias; así, los plazos de prescripción para el ejercicio de una y otra potestad serán ordinariamente distintos; también se diferencian en la aplicabilidad de algunas garantías constitucionales, como la presunción de inocencia (art. 24.2), reconocida en

(116) Véase, al respecto, GÓMEZ TOMILLO, M., y SANZ RUBIALES, Í. (2017), *Derecho Administrativo sancionador. Parte General*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, pp. 888 y ss.

(117) De hecho, el propio Tribunal Constitucional trata la exigencia de reposición y la determinación de indemnizaciones conjuntamente, bajo la denominación de «*indemnizaciones de daños y perjuicios*» (STC 227/1988, de 29 de noviembre, sobre la Ley de Aguas, FJ 29).

materia de sanciones pero no en el de la responsabilidad patrimonial (118) o en las exigencias de la legalidad sancionadora del art. 25.

No hay ya duda alguna —y la jurisprudencia lo confirma— que, cuando tenga su origen en una relación jurídica de Derecho Administrativo, la reposición puede ser exigida unilateralmente y la indemnización determinada por la Administración, incluso aunque esta no pueda imponer la sanción (119). El concepto de infractor, a estos efectos, difiere del de sancionado: hay «infractor» cuando un sujeto realiza una conducta tipificada como infracción administrativa por la normativa correspondiente. No es preciso que se haya impuesto la sanción. De esta forma, si es posible exigir la responsabilidad (reposición y/o fijación de indemnización) aunque no llegue a sancionarse al infractor, con más razón debe ser posible que al infractor se le imponga una sanción reducida y se pueda continuar el procedimiento a efectos de determinar y, en su caso, exigir la responsabilidad patrimonial.

El procedimiento administrativo incoado puede continuar ya sin contenido sancionador, a los solos efectos de determinar la reposición y/o indemnización que corresponda. Y puede hacerlo bajo la veste de procedimiento complementario previsto en el art. 90.4 LPAC, cuya resolución —susceptible de ser sustituida por una terminación convencional— no queda condicionada en su contenido por el resultado sancionador y, por otra parte, agota la vía administrativa (120).

VIII. CONCLUSIONES

La LPAC crea, en el art. 85, el derecho de todos los imputados en un procedimiento sancionador dirigido a imponer sanciones pecuniarias a obtener la reducción de estas (prevista por norma jurídica) mediante el pago voluntario y/o el reconocimiento de responsabilidad realizados durante la tramitación del procedimiento sancionador. Este derecho es ejercitable aunque la legislación sectorial no lo prevea o lo restrinja. Se fundamenta en el ahorro de trámites administrativos y, en su caso, de posibles procesos judiciales, y está limitado por los principios de legalidad y proporcionalidad y por el derecho a la tutela judicial efectiva.

El previo pago y el reconocimiento de responsabilidad tienen regímenes parcialmente iguales y parcialmente diferentes. No impiden la impugnación contencioso-administrativa de la sanción, aunque deben ir acompañados de

(118) Cfr. REBOLLO PUIG *et alii* (2010: 75).

(119) Cfr. GÓMEZ TOMILLO y SANZ RUBIALES (2017: 893 ss.). HUERGO LORA, A. (2007), *Las sanciones administrativas*, Iustel, Madrid, p. 169.

(120) GÓMEZ ZAMORA, L. (2019: 585).

la renuncia expresa o tácita a los recursos o acciones administrativas; y en los casos en que el órgano sancionador tiene superior jerárquico debe entenderse que la sanción reducida impuesta agota la vía administrativa, a los efectos de su posible impugnación judicial.

El pago voluntario conlleva la reducción de trámites sancionadores y la supresión del riesgo de ejecución forzosa pero no limita *per se* el alcance del recurso contencioso-administrativo.

Se puede realizar desde el acuerdo de iniciación del procedimiento hasta la resolución y conlleva la terminación del procedimiento; en ese momento se concentran la imposición de la sanción reducida, no expresa, y su simultáneo cumplimiento. No hay acto presunto sino mutación *ex lege* de la imputación provisional en resolución sancionadora definitiva. El necesario acto expreso posterior constatará la sanción impuesta, su cumplimiento, determinará el recurso judicial posible y archivará el procedimiento.

El reconocimiento de responsabilidad (en el improbable caso de que se realice sin previo pago) conlleva igualmente la supresión de trámites sancionadores. No elimina la necesidad, en su caso, de ejecución forzosa y aunque no impide el acceso al contencioso-administrativo, limita de forma prácticamente total las posibilidades de impugnación judicial en virtud de la doctrina de los actos propios.

Se puede ejercer en cualquier momento, porque la Ley no señala *dies ad quem* y porque se puede ejercitar simultáneamente con el pago voluntario, cuyo plazo termina con la resolución: la LPAC no prevé la posibilidad de limitar su ejercicio a un plazo determinado. El reconocimiento, si se lleva a cabo sin pago simultáneo, obliga al órgano competente a dictar inmediatamente una resolución sancionadora reducida según el porcentaje previsto.

Se pueden acumular los porcentajes de reducción por ambas causas, que es, además, lo habitual; en estos casos, es obligada la simultaneidad de su ejercicio, y los efectos jurídicos seguirán los de una u otra causa: terminación del procedimiento con el pago; necesidad de resolución expresa posterior, de mera constatación de la reducción operada y de su cumplimiento; el ahorro de trámites incluye la eliminación de ejecución forzosa, pero quedará fuertemente limitada la impugnabilidad de la sanción en vía judicial, por el reconocimiento de responsabilidad.

IX. BIBLIOGRAFÍA

ALEGRE ÁVILA, J.M. (2021): «Anulación de sanciones administrativas impuestas por “desobediencia a la autoridad” durante la vigencia de *estado de alarma*», <http://aepda.es>, pp. 1-21.

- BOTO ÁLVAREZ, A. (2021): «A vueltas con los actos propios: la trascendencia judicial de acogerse a los incentivos por autoincriminación en vía administrativa», *Actualidad Administrativa* n° 6, pp. 1-8.
- BUADES FELIÚ, J. (2019): «Acerca del régimen de los supuestos “beneficios” por reconocimiento de responsabilidad y por pago anticipado voluntario de multas pecuniarias en la Ley 39/2015, del procedimiento administrativo común», *Diario La Ley*, N° 9509, pp. 1-6.
- CANO CAMPOS, T. (2014): *Las sanciones de tráfico*, 2ª edic., Thomson-Reuters Civitas, Cizur Menor.
- CANO CAMPOS, T. (2018): *Sanciones administrativas*, Lefevre, Madrid.
- DOMÉNECH PASCUAL, G. (2014): «Por qué y cómo hacer análisis económico del Derecho», *Revista de Administración Pública* n. 195, pp. 99-133.
- GALLARDO CASTILLO, M.J. (2016): *Los procedimientos administrativos en la Ley 39/2015: análisis y valoración de la reforma*, Tecnos, Madrid.
- GARBERÍ LLOBREGAT, J., y BUITRÓN RAMÍREZ, G. (2021): *El procedimiento administrativo sancionador*, tomo II, 7ª edic., Tirant lo Blanch, Valencia (5ª edic, 2008).
- GÓMEZ TOMILLO, M., y SANZ RUBIALES, Í. (2017): *Derecho Administrativo Sancionador. Parte General*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor.
- GÓMEZ ZAMORA, L. (2019): «Cuestiones prácticas sobre la aplicación de las reducciones del art. 85 de la Ley 39/2015 en materia de sanciones por reconocimiento de culpa y pronto pago», ORTEGA BURGOS, E. (dir.), *Actualidad administrativa 2019*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 575-592.
- GOSÁLBEZ PEQUEÑO, H. (2016): *La nueva Ley del Procedimiento Administrativo Común*, El Consultor de los Ayuntamientos-Wolters Kluwer, Madrid.
- GRIJALBA LÓPEZ, J.C. (2017): «Sobre el art. 85 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas», *Actualidad Administrativa* n° 7, pp. 1-8.
- HERNÁNDEZ JIMÉNEZ, H. (2021): «Compatibilidad de las reducciones de las sanciones urbanísticas con las previstas en la Ley 39/2015», *Actualidad Administrativa* n° 11, pp 1-3.
- HUERGO LORA, A. (1998): *Los contratos sobre los actos y las potestades administrativas*, Madrid.
- HUERGO LORA, A. (2007): *Las sanciones administrativas*, lustel, Madrid.
- LÓPEZ TOMÁS, A. (2017): *Reforma Ley 39/2015. Novedades y especialidades en materia sancionadora y de responsabilidad patrimonial*, fe d'erratas, Madrid.
- LOZANO CUTANDA, B. (1990): *La extinción de las sanciones administrativas y tributarias*, Marcial Pons, Madrid.

- MARTÍN REBOLLO, L. (2016): «La potestad sancionadora y la responsabilidad patrimonial: los nuevos “procedimientos comunes especializados”», en LÓPEZ MENUDO, F. (dir.), *Innovaciones en el Procedimiento Administrativo Común y el Régimen Jurídico del Sector Público*, Universidad de Sevilla, pp. 345-372.
- NOGUEIRA LÓPEZ, A. (2010): «El principio de economía procesal», SANTAMARÍA PASTOR, J.A (dir.), *Los principios jurídicos del Derecho Administrativo*, La Ley, Madrid, pp. 299-324.
- PICCIONI, F. (2012): «Pagamento della sanzione in misura ridotta», en CAGNAZZO, A., e TOSCHEI, S., *La sanzione amministrativa. Principi generali*, Giappichelli Editore, Torino, pp. 449-465.
- PUIGMULÉ RECASENS, I. (2022): «Terminación del procedimiento por reconocimiento de responsabilidad y pago anticipado», en BURGÚES PASCUAL, A.M. y GARCÍA CRUZ, P. (coord.), *Derecho Administrativo Sancionador*, Atelier, Barcelona, pp. 471-484.
- QUEREDA TAPIA, A. (dir) *et alii* (2018): *Manual práctico del instructor de procedimientos sancionadores administrativos y disciplinarios*, Thomson Reuters Aranzadi, 2ª edic., Cizur Menor.
- RAMS RAMOS, L. (2019): «De supletorio a prevalente: la incidencia de la terminación de los procedimientos sancionadores establecida por la Ley 39/2015 en la normativa sectorial», *Revista de Administración Pública*, 208, pp. 101-150.
- REBOLLO PUIG, M. (2010): «Sanciones pecuniarias», en LOZANZO CUTANDA, B., *Diccionario de sanciones administrativas*, lustel, pp. 985-1000.
- REBOLLO PUIG, M. (2016): «Novedades relativas al procedimiento sancionador y al de responsabilidad en la Ley 39/2015 de Procedimiento Administrativo Común», en GALLARDO CASTILLO, M.J. (dir), *Aproximación al nuevo Procedimiento Administrativo Común de la Ley 39/2015: reflexiones y claves para su aplicación*, CEMCI, Granada, pp. 469-564.
- REBOLLO PUIG, M., IZQUIERDO CARRASCO, M., ALARCÓN SOTOMAYOR, L., BUENO ARMIJO, A. (2010): *Derecho Administrativo Sancionador*, Lex Nova, Valladolid.
- RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J.M. (2009): «El pago voluntario de las multas en cuantía reducida; legalidad, eficacia, seguridad jurídica y tutela judicial efectiva», *Documentación Administrativa*, nn. 284-285, pp. 153-180.
- SHAVELL, S. (2016): *Fundamentos del análisis económico del Derecho*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid.

RESTRICCIONES A LA COMERCIALIZACIÓN DE PRODUCTOS DE PLÁSTICO Y UNIDAD DE MERCADO(*)

GERMÁN VALENCIA MARTÍN

Profesor titular de Derecho administrativo, Universidad de Alicante

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. EL CASO NAVARRO DE LAS BOLSAS DE PLÁSTICO: 1. La Directiva sobre bolsas de plástico ligeras. 2. Similitudes y diferencias entre la normativa básica y la navarra. 3. La legislación balear.– III. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA DESDE LA ÓPTICA DEL DERECHO COMUNITARIO EUROPEO: 1. El punto de partida: medidas de efecto equivalente y armonización de legislaciones: A) El concepto de medidas de efecto equivalente. B) Obstáculos técnicos al comercio y armonización de legislaciones. C) Esquema de enjuiciamiento. 2. El estado de la armonización en relación con las bolsas de plástico: A) Marco normativo de referencia. B) La Directiva de envases y residuos de envases. C) La Directiva sobre bolsas de plástico ligeras. D) La Directiva de plásticos de un solo uso. 3. Las condiciones de justificación de las medidas de efecto equivalente: A) Los supuestos de armonización incompleta. B) La proporcionalidad de las medidas. 4. El procedimiento de información en materia de reglamentaciones técnicas. 5. Balance. IV. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA DESDE LA ÓPTICA CONSTITUCIONAL: 1. La STC 100/2020: planteamiento y desenlace del caso. 2. El problema competencial: A) El nuevo estándar de la «distorsión sustancial» del mercado. B) Cuestiones «fácticas». C) La distinción entre garantías «estructurales» y «dinámicas» de la unidad de mercado: a) El origen de la distinción: la tesis del profesor Albertí. b) La distinción en la STC 79/2017 D) Coherencia con la doctrina constitucional anterior. E) Valoración de oportunidad. 3. Las cuestiones sustantivas omitidas: A) Introducción. B) El art. 139.2 CE. C) La Ley de garantía de la unidad de mercado. 4. Balance.– V. TEST DE PRUEBA EN RELACIÓN CON OTROS PLÁSTICOS DE UN SOLO USO: 1. La Directiva de plásticos de un solo uso. 2. La Ley de residuos, suelos contaminados y economía circular. 3. Las divergencias autonómicas: A) Comunidad Foral de Navarra. B) Illes Balears. 4. Balance.– VI. RESPONSABILIDAD AMPLIADA DEL PRODUCTOR: 1. La cuestión en la Ley 22/2011. 2. Jurisprudencia del Tribunal Supremo. 3. La cuestión en la Ley 7/2022.– VII. A MODO DE CONCLUSIÓN: EL DEBILITAMIENTO DE LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES SUSTANTIVAS DE LA LIBERTAD DE EMPRESA Y LA UNIDAD DE MERCADO: 1. Superación de los estándares constitucionales de protección de la libertad de empresa por la Ley de garantía de la unidad de mercado. 2. Rebaja correlativa de los estándares constitucionales de protección del derecho de propiedad. 3. Reducción del art. 139.2 CE a las medidas proteccionistas.– VIII. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: En este trabajo se examinan las restricciones a la comercialización de bolsas y otros productos de plástico establecidas por algunas legislaciones autonómicas

(*) Trabajo recibido en esta REVISTA con fecha 30/05/2022 y evaluado favorablemente para su publicación el 14/06/2022.

por encima de las fijadas con carácter básico por el legislador estatal, destacando la importancia de analizar este tipo de cuestiones no sólo desde una perspectiva competencial, como hizo la STC 100/2020, relativa a la Ley Foral navarra 14/2018, de 18 de junio, de residuos y su fiscalidad, sino también sustantiva, en cuanto creadoras de obstáculos a la libre circulación de mercancías dentro del mercado español, para lo que se trae a colación el tratamiento de estas mismas cuestiones en el ámbito del Derecho comunitario europeo, del que por lo demás traen causa las referidas restricciones. Se concluye advirtiendo de una cierta tendencia en la jurisprudencia constitucional más reciente a derivar algunas garantías constitucionales de la libertad de empresa y la unidad de mercado hacia ese ordenamiento supranacional.

Palabras clave: restricciones a la comercialización de productos de plástico; bolsas de plástico; productos de plástico de un solo uso; distribución de competencias; unidad de mercado; libre circulación de mercancías; medidas de efecto equivalente; art. 139.2 CE; procedimiento de información en materia de reglamentaciones técnicas.

Marketing restrictions for plastic products and single market

ABSTRACT: In this paper, the marketing restrictions for bags and other plastic products established by some autonomous legislations over and above those established with a basic nature by the state legislator are examined, highlighting the importance of analyzing this type of issue not only from a competence perspective, as did the STC 100/2020, regarding Navarre Foral Law 14/2018, of June 18, on waste and its taxation, but also substantive, as creators of obstacles to the free movement of goods within the Spanish market. In this regard, the treatment of these same issues in the field of European Community Law is brought up, from which the aforementioned restrictions originate. It concludes by warning of a certain tendency of the most recent constitutional jurisprudence to set back some constitutional guarantees of the freedom of enterprise and the unity of the market towards that supranational order.

Key words: marketing restrictions for plastic products; plastic bags; single-use plastic products; state and regional powers; single market; free movement of goods; measures of equivalent effect; art. 139.2 CE; information procedure regarding technical regulations.

I. INTRODUCCIÓN

Este pequeño trabajo, que trae causa de la amable invitación del profesor René Javier SANTAMARÍA ARINAS para dar una charla de hermoso, pero imponente título («economía circular y unidad de mercado») en el marco del proyecto de investigación que dirige en la Universidad de La Rioja (1), constituye más

(1) Conferencia sobre «Economía circular y unidad de mercado», impartida el 28 de abril de 2022 en la Universidad de La Rioja, en el marco de Proyecto DERIEC (El Derecho español ante los retos inminentes de la economía circular), dirigido por el profesor R.J. SANTAMARÍA ARINAS.

modestamente, como fue aquella, una ampliación y profundización en las ideas expuestas en un comentario anterior a la STC 100/2020, de 22 de julio, sobre las medidas para la reducción del consumo de bolsas de plástico contenidas en la Ley Foral navarra 14/2018, de 18 de junio, de residuos y su fiscalidad (2).

La referida sentencia, examinando el asunto desde una perspectiva estrictamente competencial, conforme se planteó ciertamente el recurso (3), confirmó la constitucionalidad de las medidas contenidas en la Ley Foral, pese a incluir «restricciones a la comercialización» de las bolsas de plástico (prohibiciones de entrega al consumidor en los puntos de venta de ciertos tipos de bolsas) más intensas que las previstas apenas un mes antes por el Estado con el carácter de legislación básica por medio del Real Decreto 293/2018, de 18 de mayo (4) (a modo de transposición, en ambos casos, de una Directiva comunitaria europea (5)), al entender que el mayor rigor de la ley navarra podía hallar acomodo dentro de las reglas bien conocidas de reparto competencial en materia ambiental (legislación básica estatal, por un lado, y desarrollo legislativo autonómico, incluida la facultad de aprobar normas adicionales de protección, por otro, ex art. 149.1.23 CE y concordantes estatutarios), materia en la que se decidió a encuadrar la controversia, descartando al tiempo que en este asunto el Estado pudiera imponer una regulación uniforme al amparo del título competencial del art. 149.1.13 CE («bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica», más comúnmente denominado «dirección u ordenación general de la economía»), en garantía de la unidad de mercado y la libre circulación de mercancías, como se sostenía en el recurso era el propósito de dicho Real Decreto, lo que hubiera abocado a un desenlace diferente.

De forma muy directa, lo que me propongo en este trabajo es mostrar, en primer lugar, el significado de las «restricciones a la comercialización» de productos establecidas por los Estados miembros en el contexto del ordenamiento jurídico comunitario europeo, y valorar en este caso, es decir, en relación con las bolsas de plástico (6), la admisibilidad de dichas restriccio-

(2) G. VALENCIA MARTÍN (2021a: 472 y ss.; y 2021b: 169 y ss.).

(3) STC 100/2020, de 22 de julio, en el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el presidente del Gobierno frente al art. 23, apartados 1, letra a) y 2 de la Ley Foral 14/2018, de 18 de junio, de residuos y su fiscalidad.

(4) Real Decreto 293/2018, de 18 de mayo, sobre reducción del consumo de bolsas de plástico y por el que se crea el Registro de Productores.

(5) Directiva (UE) 2015/720 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2015, por la que se modifica la Directiva 94/62/CE en lo que se refiere a la reducción del consumo de bolsas de plástico ligeras.

(6) En el contexto en el que nos movemos, la legislación utiliza simplemente el término «bolsas de plástico», entendiendo por tales las «bolsas, con o sin asa, hechas de plástico, proporcionadas a los consumidores en los puntos de venta de bienes o productos» [art. 3.1

nes, así como las condiciones para su justificación, a la vista del estado de la armonización de legislaciones en la materia y de las reglas generales del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante, TFUE) sobre la libre circulación de mercancías (apartado III), para pasar después, sin perder de vista a efectos comparativos los resultados de ese estudio, al análisis de la STC 100/2020 y de la manera como abordó y resolvió el problema desde la óptica constitucional (apartado IV).

En este punto, me detendré especialmente a examinar la coherencia con la jurisprudencia anterior (así como la oportunidad) del nuevo estándar que cabe deducir de esta sentencia para la utilización por parte del Estado del art. 149.1.13 CE con el fin de prevenir o conjurar la aparición de obstáculos a la libre circulación de mercancías, el de la «distorsión sustancial» del mercado fruto de la disparidad normativa autonómica, que aquí no se consideró suficientemente acreditada; así como en insistir en la pertinencia de llevar a cabo en todo caso un examen de las condiciones de justificación de las legislaciones autonómicas divergentes, en términos similares a los habituales en el Derecho comunitario europeo, a partir de la cláusula del art. 139.2 CE o bien de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, cosa que por unos u otros motivos no se produjo en este supuesto.

Más brevemente, en los siguientes apartados pondremos a prueba la doctrina que se desprende de la STC 100/2020 en relación con las medidas previstas en la nueva Ley 7/2022, de 8 de abril, de residuos y suelos contaminados para una economía circular, en relación con otra serie de plásticos de un solo uso, incluidos o no dentro del ámbito de aplicación de la Directiva correspondiente (7) (apartado V); analizaremos a efectos comparativos algunas sentencias recientes del Tribunal Supremo sobre el reparto de tareas normativas en los regímenes de responsabilidad ampliada del productor (apartado VI) (8);

ter de la Directiva 94/62/CE, en la redacción dada por la Directiva (UE) 2015/720; y art. 3 a) del Real Decreto 293/2018]. Pero para evitar posibles equívocos cabe usar también otras denominaciones, como las de «bolsas comerciales» (así, por eje., el «Programa estatal de prevención de residuos», de 27.11.2013, p. 7; y la Disposición adicional segunda de la Ley 22/2011, de residuos y suelos contaminados) o «bolsas de caja», que emplea la legislación catalana [art. 3.2, letra e) del Texto refundido de la Ley reguladora de los residuos, aprobado por Decreto Legislativo 1/2009, de 21 de julio].

(7) Directiva (UE) 2019/904 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de junio de 2019, relativa a la reducción del impacto de determinados productos de plástico en el medio ambiente.

(8) Comparación también sugerida por el profesor R.J. SANTAMARÍA ARINAS. Para una visión más amplia de las tensiones entre los distintos componentes normativos de una «economía circular» y las exigencias del mercado y del libre comercio en los ámbitos comunitario europeo e internacional, *vid.*, recientemente, A. NOGUEIRA LÓPEZ (2021), S. BORRÁS (2021) y T. KUCHARZ (2021).

y esbozaremos finalmente algunas conclusiones sobre lo que, más allá de estos casos y poniendo en relación la STC 100/2020 con otras también recientes del Tribunal Constitucional, creo que puede calificarse como un retranqueo hacia el Derecho comunitario europeo de ciertas garantías constitucionales de la unidad de mercado y la libertad de empresa (apartado VII).

Pero antes de todo ello, y como presupuesto necesario para abordar con mayor claridad el resto de cuestiones, conviene exponer las analogías y diferencias que presentaban las medidas de reducción del consumo de bolsas de plástico en la legislación básica y la navarra (apartado II).

II. EL CASO NAVARRO DE LAS BOLSAS DE PLÁSTICO

1. La Directiva sobre bolsas de plástico ligeras

Con el fin de hacer frente a los graves problemas ambientales que provocan ciertos «plásticos de un solo uso», especialmente en el medio marino, por su tendencia a convertirse en «basura dispersa», y empezando a este respecto con las «bolsas de plástico ligeras», esto es, las de menos de 50 micras de espesor (9), que por entonces era el tipo de bolsas más utilizado en el conjunto de la Unión Europea y acreedoras de la calificación como plásticos de un solo uso por su «escasa reutilización», en 2015 se aprobó una Directiva [la Directiva (UE) 2015/720 (10)], cuyo sentido e inserción dentro del ordenamiento comunitario en materia de envases y residuos de envases trataremos después, que, tras imponer a los Estados miembros la obligación de adoptar medidas conducentes a una «reducción sostenida» del consumo de esta clase de bolsas (11), abría un abanico de opciones, entre ellas, «el mantenimiento o la introducción de instrumentos económicos» (como los impuestos o el cobro de un precio), siempre menos problemáticos desde la perspectiva comunitaria (12), pero también, por lo que aquí importa, la posibilidad de establecer

(9) Art. 3.1 *quarter* de la Directiva 94/62/CE, introducido por la Directiva (UE) 2015/720: «"bolsas de plástico ligeras": bolsas de plástico con un espesor inferior a 50 micras».

(10) Considerando 4 de la Directiva (UE) 2015/720: «Las bolsas de plástico con un espesor de menos de 50 micras ("bolsas de plástico ligeras"), que representan la inmensa mayoría del número total de bolsas de plástico consumidas en la Unión, se reutilizan con menos frecuencia que las bolsas más gruesas. Por consiguiente, las bolsas de plástico ligeras se convierten en residuos más rápidamente y tienden a dispersarse como basura con mayor frecuencia debido a su reducido peso».

(11) «Los Estados miembros tomarán medidas con el fin de reducir de forma sostenida en su territorio el consumo de bolsas de plástico ligeras» (nuevo apartado 1 bis del art. 4 de la Directiva 94/62/CE, párrafo primero).

(12) *Vid., infra*, apartado III.1.

«restricciones a la comercialización», es decir, prohibiciones de entrega al consumidor, bajo las condiciones que luego examinaremos (13).

Permitía también la Directiva diferenciar estas medidas en atención de una serie de factores (entre ellos, el material, compostable o no, del que estuvieran hechas las bolsas) (14), y excluir las bolsas «muy ligeras», es decir, las de menos de 15 micras de espesor, que habitualmente se usan por motivos de higiene o para evitar pérdidas de alimentos (15).

Las bolsas de plástico más gruesas («gruesas», diremos por simplificar a partir de ahora), es decir, las que tienen un espesor de 50 micras o más, quedaban en principio fuera del ámbito de aplicación de la Directiva, al no tener la consideración de plásticos de un solo uso por su más frecuente reutilización (16), aunque también se hacía una referencia a ellas en los términos que luego analizaremos (17).

2. Similitudes y diferencias entre la normativa básica y la navarra

En cumplimiento de las obligaciones impuestas por la Directiva y explotando sus márgenes de actuación (18), se elaboraron en paralelo el Real

(13) «Dichas medidas pueden consistir en el uso de objetivos de reducción nacionales, el mantenimiento o la introducción de instrumentos económicos, así como de restricciones a la comercialización como excepción a lo dispuesto en el artículo 18, siempre que estas restricciones sean proporcionadas y no discriminatorias» (nuevo apartado 1 bis del art. 4 de la Directiva 94/62/CE, párrafo segundo).

(14) «Dichas medidas pueden variar dependiendo del impacto medioambiental de las bolsas de plástico ligeras cuando se valorizan o se desechan, de sus propiedades a efectos de compostaje, su durabilidad o su uso específico previsto» (nuevo apartado 1 bis del art. 4 de la Directiva 94/62/CE, párrafo tercero).

(15) Art. 3.1 *quinquies* de la Directiva 94/62/CE, introducido por la Directiva (UE) 2015/720: «“bolsas de plástico muy ligeras”: bolsas de plástico con un espesor inferior a 15 micras que son necesarias por razones de higiene o suministradas como envase primario para alimentos a granel cuando su uso contribuye a prevenir el desperdicio de alimentos». La posibilidad de exclusión de las «bolsas de plástico muy ligeras» se contenía al hilo del enunciado las medidas mínimas a adoptar, que incluían una doble opción: ciertos objetivos nacionales de reducción o ciertas prohibiciones de entrega gratuita (nuevo apartado 1 bis del art. 4 de la Directiva 94/62/CE, párrafo cuarto).

(16) En realidad, ni la Directiva ni el Real Decreto utilizan esta expresión (bolsas de plástico «gruesas»), que empleamos aquí por comodidad, hablando solamente de bolsas «más gruesas» o de su grosor («con espesor igual o superior a 50 micras», art. 4 del Real Decreto).

(17) «Sin perjuicio del artículo 15, los Estados miembros podrán tomar medidas como, por ejemplo, instrumentos económicos y objetivos nacionales de reducción, en lo que respecta a cualquier tipo de bolsas de plástico, independientemente de su espesor» (nuevo apartado 1 ter del art. 4 de la Directiva 94/62/CE).

(18) En ambos casos fuera de plazo, que expiraba el 27 de noviembre de 2016 [art. 2 de la Directiva (UE) 2015/720].

Decreto 293/2018, dirigido específicamente a incorporarla con el carácter de legislación básica (19), y la Ley Foral, obviamente de propósitos más amplios, pero que incluía también previsiones al respecto en su art. 23 (20), y que tuvo siempre a la vista el proyecto de Real Decreto que se estaba tramitando (21).

Antes de exponer las similitudes y diferencias entre ambas regulaciones, conviene tener presente que, como se explica en la Exposición de Motivos del Real Decreto, desde tiempo atrás la reducción del consumo de bolsas de plástico venía constituyendo una preocupación en nuestro país (22), pero sin haberse establecido hasta ese momento, con carácter de legislación básica, instrumentos económicos ni mucho menos restricciones a la comercialización (23). Y que ninguna Comunidad Autónoma había adelantado tampoco este tipo de restric-

(19) El que aquí importa en especial es el art. 4 del Real Decreto (medidas para reducir el consumo de bolsas de plástico). En relación con su tramitación, es de interés, como luego se verá, la «Memoria del análisis de impacto normativo» del proyecto de Real Decreto, de 25 de julio de 2017, disponible en la página web del Ministerio para la transición ecológica (<https://www.miteco.gob.es/es/calidad-y-evaluacion-ambiental/participacion-publica/Residuos-2017-Proyecto-real-decreto-sobre-reduccion-consumo-bolsas-plastico-crea-registro-productores-productos.aspx>). Y también el Dictamen del Consejo de Estado, de 5 de abril de 2018 (núm. de expediente: 274/2018), a sugerencia del cual se retrasó la fecha de la prohibición de entrega de bolsas (ligeras y muy ligeras) no compostables, inicialmente prevista para el 1 de enero de 2020.

(20) Apartados 1 a 3 del art. 23 (utilización de bolsas de plástico y de la venta de vajilla de un solo uso y de productos envasados en monodosis o cápsulas de un solo uso).

(21) El art. 23 del proyecto de Ley Foral (B.O. Parlamento de Navarra, IX legislatura, núm. 157, de 22 de diciembre de 2017) se acomodaba por completo a las previsiones del proyecto de Real Decreto. Su redacción final (ya con novedades significativas) procede de la aceptación de una enmienda (la núm. 5) de los Grupos Parlamentarios Geroa Bai, EH Bildu y Podemos (B.O. Parlamento de Navarra, IX legislatura, núm. 25, de 27 de febrero de 2018). El apartado 3 mantiene, no obstante, el vínculo con el Real Decreto, al que menciona expresamente para las definiciones.

(22) Recogida en la Ley 22/2011, de 28 de julio, de residuos y suelos contaminados (Disposición adicional segunda. Sustitución de las bolsas de un solo uso) y en distintos instrumentos de planificación [la Exposición de Motivos del Real Decreto (apartado II) menciona el Plan Nacional Integrado de Residuos para el período 2008-2015 (PNIR), el Programa Estatal de Prevención de Residuos 2014-2020 y el Plan Estatal Marco de Gestión de Residuos 2016-2022], con previsión de medidas (entre otras, compromisos voluntarios de las empresas del sector de la distribución comercial) que habían permitido alcanzar ya ciertos logros («como consecuencia de estas medidas y según datos del sector, durante estos años se ha reducido el consumo prácticamente a la mitad, pasando de 317 bolsas por habitante en 2007 a 144 bolsas por habitante en 2014, debido fundamentalmente a un cambio en las pautas de consumo de este envase»).

(23) La Disposición adicional segunda de la Ley 22/2011, en su redacción inicial, establecía un calendario de sustitución de estas bolsas, aunque sin precisar las medidas para alcanzarlo, que desapareció con su modificación por la Ley 11/2012, de medidas urgentes en materia de medio ambiente, quedando reemplazado por una remisión al reglamento para la fijación tanto del calendario como de las medidas.

ciones, y sólo dos habían hecho uso de instrumentos económicos: Andalucía, en forma de impuesto (24), y Cataluña, en forma de prohibición de entrega gratuita u obligatoriedad de cobro de ciertas bolsas (25).

Las similitudes y diferencias entre las medidas de reducción previstas en la regulación básica y en la navarra se muestran, para su mejor visualización, en las dos tablas adjuntas de composición propia: la primera relativa a la secuencia de su implantación (calendario) y la segunda a su desenlace final y vigente en la actualidad, puesto que no han sido objeto de modificación posterior (26). Como puede apreciarse, en ambos casos se comenzó (la regulación navarra tomó las referencias temporales de la regulación básica) con instrumentos puramente económicos (obligatoriedad de cobro), aunque con distinto alcance, para pasar después (las medidas posteriores se iban sumando a las iniciales) al establecimiento de restricciones a la comercialización, en dos fases en la regulación básica, y en una sola y de mayor alcance, en la navarra.

Calendarios		
Fechas de referencia	Legislación básica	Legislación navarra
1 de julio de 2018	Instrumentos económicos: Prohibición de entrega gratuita, salvo de las muy ligeras y de las gruesas con un 70% o más de plástico reciclado	Instrumentos económicos: Prohibición de entrega gratuita, salvo de las muy ligeras y las compostables
1 de enero de 2020	Restricciones a la comercialización: – Prohibición de las fragmentables – Prohibición de las gruesas con menos de un 50% de plástico reciclado	Restricciones a la comercialización: Prohibición de toda clase de bolsas, salvo las compostables (y siempre con entrega onerosa)
1 de enero de 2021	Prohibición de las ligeras y muy ligeras, salvo que sean compostables	

(24) «Impuesto sobre las bolsas de plástico de un solo uso», establecido por el Decreto-ley 4/2010, de medidas fiscales para la reducción del déficit público y para la sostenibilidad (luego transformado en la Ley 11/2010 del mismo título). También Cantabria creó un impuesto del mismo nombre por medio de la Ley 11/2010, de medidas fiscales y de contenido financiero, derogado, sin embargo, por la Ley 5/2011. Sobre el impuesto andaluz y su relación con el nuevo «impuesto especial [estatal] sobre los envases de plástico no reutilizables», creado por Ley 7/2022, de 8 de abril, de residuos y suelos contaminados para una economía circular, vid. E. MANZANO SILVA (2022: 419, 423 y 435).

(25) Art. 10.5 del Texto refundido de la Ley reguladora de los residuos, aprobado por Decreto Legislativo 1/2009, introducido por la Ley 5/2017 (prohibición de entrega gratuita de bolsas de caja no compostables).

(26) La nueva Ley 7/2022, en su Disposición adicional segunda (regulación de las bolsas de plástico), remite a la regulación contenida en el Real Decreto 293/2018.

Similitudes y diferencias actuales		
Tipo de bolsa	Legislación básica	Legislación navarra
Muy ligeras	Han de ser compostables (cabe entrega gratuita)	Han de ser compostables (con entrega onerosa)
Ligeras	Han de ser compostables (con entrega onerosa)	Han de ser compostables (con entrega onerosa)
Gruesas	Caben las bolsas de plástico reciclado en al menos un 50% (y cabe la entrega gratuita a partir del 70%)	Han de ser compostables (con entrega onerosa)

Más allá de los detalles (aunque en el recurso de inconstitucionalidad se impugnaron todas las variantes navarras), a los efectos que aquí importan interesa retener fundamentalmente dos cosas:

(1) La primera y fundamental para la valoración del problema desde la óptica constitucional, que, cumplidos los respectivos calendarios, en la Comunidad Foral de Navarra no eran (no son) susceptibles de comercialización (de entrega al consumidor) cierto tipo de bolsas de plástico «gruesas» (las hechas al menos en un 50% con plástico reciclado) que sí lo son de acuerdo con la legislación básica en el resto de España (27).

(2) Y la segunda, importante también para la valoración del problema desde la óptica del Derecho comunitario, que las dos regulaciones (tanto la básica como la navarra) incluyen «restricciones a la comercialización», no sólo y con las diferencias vistas para las bolsas «gruesas», sino también para las «ligeras» y «muy ligeras», en relación con las cuales y de manera coincidente tan solo está permitida la entrega de bolsas compostables (28).

3. La legislación balear

Antes de pasar al examen del problema desde la óptica comunitaria, conviene añadir que ninguna otra Comunidad Autónoma estableció, antes o después de la STC 100/2020, medidas distintas a las previstas en el Real

(27) Con posible entrega gratuita a partir de un 70% de plástico reciclado, y que además ahora son en la práctica las más frecuentes (así ocurre, al menos, en los comercios en Alicante).

(28) Con meras diferencias de calendario y de obligatoriedad o no de cobro. El concepto de «bolsas de plástico compostables» (hechas con plásticos de origen vegetal) se define por remisión a las normas europeas vigentes (la norma EN 13432:2000 «Envases y embalajes. Requisitos de los envases y embalajes valorizables mediante compostaje y biodegradación» y sus actualizaciones) [art. 3 f) del Real Decreto 293/2018]; y no es distinto ya al de plástico «biodegradable», del que se exige sea compostable [art. 3.16 de la Directiva (UE) 2019/904; y art. 2 v) de la Ley 7/2022].

Decreto (29), con la sola excepción (aparte de Navarra) de las Illes Balears, cuya nueva ley de residuos incluye restricciones también superiores, que se concretan en la prohibición completa de las bolsas ligeras (salvo las muy ligeras compostables) y en el establecimiento de un porcentaje mínimo del 70% de plástico reciclado para las gruesas a partir 2024, que, sin embargo, pese a tratarse de una ley anterior a la sentencia, no fueron recurridas por el Estado, aunque a ellas cabe extender lógicamente todos los razonamientos que se harán a continuación (30).

III. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA DESDE LA ÓPTICA DEL DERECHO COMUNITARIO EUROPEO

1. El punto de partida: medidas de efecto equivalente y armonización de legislaciones

A) El concepto de medidas de efecto equivalente

El punto de partida para el enjuiciamiento de las restricciones a la comercialización de bolsas de plástico que contienen, aunque en diferente medida, tanto la normativa básica estatal como la navarra (y la balear) es quizás muy simple y no es otro que tener presente que en el Derecho comunitario europeo, de acuerdo con la jurisprudencia constante del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, toda restricción a la comercialización de productos legalmente fabricados y comercializados en otros Estados miembros basada en las «características» que deben reunir esos productos para su puesta en el mercado (por ejemplo, como ocurre en nuestro caso, por lo que respecta a la composición de las bolsas de plástico), aun cuando no sea discriminatoria, es decir, aunque resulte «indistintamente aplicable» a los productos nacionales e importados, representa en principio un obstáculo a la libre circulación de mercancías, lo que en la terminología comunitaria (en la actualidad, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea —TFUE—) se denomina una «medida de efecto equivalente» a las restricciones cuantitativas a la importación (art. 34 TFUE). Y que, para librarse de esa calificación y de la consiguiente prohibición, ha de reunir ciertas condiciones de justificación, concretamente dos: estar basada en un objetivo legítimo de naturaleza no económica (las llamadas «exigencias imperativas» o «razones imperiosas de interés general»,

(29) Así, la Ley gallega 6/2021, de 17 de febrero, de residuos y suelos contaminados, se limita a remitir en su art. 44 a lo dispuesto en el Real Decreto 293/2018.

(30) Ley 8/2019, de 19 de febrero, de residuos y suelos contaminados de las Illes Balears [art. 23.1, letras a) y b)]. Por el momento (hasta 2024) rige, como en la legislación básica, la exigencia para las gruesas de un porcentaje de al menos un 50% de plástico reciclado, pero con entrega onerosa en todo caso [letra a)].

entre las que se encuentra la protección del medio ambiente) y resultar «proporcionada», en el sentido, que luego precisaremos, de ser idónea y necesaria para alcanzar ese objetivo (31).

(31) Sobre las «medidas de efecto equivalente» a las restricciones cuantitativas a la importación (hoy, art. 34 TFUE) y la jurisprudencia comunitaria en la materia [desde las famosas sentencias *Dassonville*, de 11 de julio de 1974 (as. 8/74) y *Cassis de Dijon*, de 20 de febrero de 1979 (as. 120/78)] existe, como es lógico, una amplia bibliografía. Cabe remitir todavía a obras clásicas como las de P. OLIVER (1990) y A. MATTERA (1991), y permítaseme citar también mi tesis doctoral, G. VALENCIA MARTÍN (1993). A finales de 1993, como reacción a los problemas que causaba la excesiva amplitud del concepto de medidas de efecto equivalente (toda medida pública «susceptible de obstaculizar, directa o indirectamente, real o potencialmente, el comercio intracomunitario», conforme a la fórmula *Dassonville*), obligando a entrar a valorar la justificación de los más variados tipos de regulaciones nacionales «indistintamente aplicables» [así, entre otras, las sentencias de 14 de julio de 1981, *Oebel*, as. 155/80 (horarios de distribución de artículos de bollería), 15 de diciembre de 1982, *Oosthoek*, as. 286/81 (regulación de las ventas con regalo) y 23 de noviembre de 1989, *Torfaen*, as. C-145/88 (prohibición de abrir los comercios en domingo)], y siguiendo algunas propuestas doctrinales en este sentido [así, destacadamente, E.L. WHITE (1989)], el Tribunal de Justicia, por medio de la Sentencia de 24 de noviembre de 1993, *Keck y Mithouard*, as. C-267 y 268/91 (prohibición de las ventas a pérdida), procedió a distinguir, dentro de las medidas indistintamente aplicables, entre las que afectan a las «características» de los productos [«normas relativas a los requisitos que deben cumplir dichas mercancías (como los relativos a su denominación, forma, dimensiones, peso, composición, presentación, etiquetado, acondicionamiento)»] y las que afectan a las «circunstancias» de su comercialización (es decir, las que regulan cuándo, cómo o dónde pueden ser vendidos, como las regulaciones sobre modalidades de venta, horarios comerciales, etc.), aclarando que las primeras constituyen siempre medidas de efecto equivalente y, por lo tanto, han de reunir las condiciones de justificación ya mencionadas para escapar a la prohibición, mientras que las segundas (siempre que no sean formal ni materialmente discriminatorias) carecen de ese carácter y no precisan de una evaluación de sus objetivos y proporcionalidad (aps. 14 y 16); jurisprudencia desde entonces plenamente consolidada. La explicación para esta distinción [no la da la Sentencia *Keck y Mithouard*, pero sí WHITE (1989); *vid.* también al respecto, entre otros, M.A. DAUSES (1994) y R. JOUÏET (1995)] se encuentra en lo que debe ser un «mercado interior». En un mercado interior se trata de que una vez fabricado y puesto a la venta un producto con arreglo a la normativa propia del país donde ello ocurre, tal producto pueda ser vendido en cualquier otro, aunque allí rijan otras normas diferentes. Las regulaciones nacionales sobre las «características» de los productos impiden este resultado, son por ello medidas de efecto equivalente y para escapar a la prohibición necesitan estar justificadas por «exigencias imperativas» o «razones imperiosas de interés general» (de salud pública, medio ambiente, etc.) y ser proporcionadas. En cambio, las que regulan las «circunstancias» de la comercialización (por eje., una restricción de horarios comerciales) no producen ese resultado, al no impedir la venta de los productos legalmente comercializados en otros países, aunque eventualmente puedan reducir el volumen de ventas y, por ello, no son medidas de efecto equivalente ni necesitan justificación desde esta perspectiva. *Vid.* también, al respecto, T. DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI (2008: 15 y ss.) y M^aJ. ALONSO MAS (2014b: 45 y ss.) Por fin, y a cambio de otras muchas referencias posibles, permítaseme citar la Comunicación de la Comisión «Guía sobre los artículos 34 a 36 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE)» [DO C 100, de 23.03.2021, pp. 38 y ss.], que contiene una presentación amplia y actualizada de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la materia.

Es importante también tener en cuenta que, a los efectos de la calificación de una regulación de este tipo como «medida de efecto equivalente», resulta indiferente, de acuerdo con la jurisprudencia comunitaria, que el obstáculo que cause sea de mayor o menor gravedad (es decir, no se aplica aquí ninguna regla *de minimis*) (32), así como que represente o no algún tipo de ventaja comparativa para la producción nacional (33), pues, a diferencia de lo que ocurre con otra clase de regulaciones nacionales que puedan afectar al comercio intracomunitario (señaladamente las de tipo fiscal), la prohibición de las medidas de efecto equivalente no se limita a las que impliquen una discriminación formal o material de los productos importados o tengan un carácter proteccionista (34).

B) Obstáculos técnicos al comercio y armonización de legislaciones

Reuniendo las mencionadas condiciones de justificación, las indicadas restricciones a la comercialización no se encuentran prohibidas por las dis-

(32) Sentencia de 14 de diciembre de 2004, Comisión/Alemania, as. C-463/01, relativa al sistema alemán de depósito, devolución y retorno de envases de aguas minerales naturales (ap. 63): «una medida que puede obstaculizar las importaciones debe calificarse de medida de efecto equivalente a una restricción cuantitativa *incluso si el obstáculo es leve* y es posible comercializar de otra forma los productos» (la cursiva es nuestra).

(33) Un buen ejemplo al respecto lo proporciona la Sentencia de 3 de abril de 2014, Comisión/España, as. C-428/12, en relación con el artículo 31 de la Orden FOM/734/2007, que exigía para obtener una autorización de transporte privado complementario que el primer vehículo de la flota no tuviera más de cinco meses de antigüedad desde su primera matriculación. En defensa de esta regulación, el Estado español aducía, entre otras cosas, que no daba un trato menos favorable a los vehículos importados, a lo que la Sentencia (ap. 29) replica que una medida de efecto equivalente lo es «aun cuando no tenga *por objeto ni como efecto* tratar menos favorablemente a productos procedentes de otros Estados miembros» (la cursiva es nuestra). En cumplimiento de esa Sentencia, se suprimió este requisito por Orden FOM/1996/2014.

(34) Las reglas del Tratado en materia fiscal (hoy, art. 110 TFUE), de acuerdo con su interpretación jurisprudencial constante, se limitan a prohibir los tributos discriminatorios o proteccionistas [vid., la mencionada Comunicación de la Comisión «Guía sobre los artículos 34 a 36 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE)», (p. 83) y, entre otros, F. LÓPEZ PÉREZ (2018: 402) y mi trabajo de 1993 (160 y ss.)]. Por ello decíamos que la utilización de «instrumentos económicos» para la reducción del consumo de bolsas de plástico (en este caso, los impuestos) resultaba menos problemática desde la perspectiva comunitaria. Por otra parte, la obligatoriedad de cobro de las bolsas de plástico no es obviamente un tributo, pues no genera ningún ingreso público (dicho sea de paso, la Ley Foral navarra [art. 23.1 c] obliga a los comercios a dar un destino medioambiental a los importes cobrados por las bolsas de plástico no compostables, en concepto de responsabilidad social corporativa, cosa que no hace el Real Decreto 293/2018), pero puede verse en principio como una medida relativa a las «circunstancias» de la comercialización, y en consecuencia sujeta también al simple mandato de trato no discriminatorio.

posiciones del Tratado, sino que constituyen lo que tradicionalmente se han denominado «obstáculos o barreras técnicas al comercio» o debidas a la «disparidad de las legislaciones de los Estados miembros», expresiones neutras con las que se pretende distinguir estos problemas de los que causan las medidas claramente proteccionistas (35).

Pero como dichas disparidades siguen representando un problema para la libre circulación de mercancías, y para superarlo, la Comunidad Europea (hoy Unión Europea) ha venido desarrollando desde antiguo, al amparo de las habilitaciones oportunas (hoy, el art. 114 del TFUE), una intensa labor de armonización o aproximación de las legislaciones de los Estados miembros, con metodologías diferentes a lo largo del tiempo (36), y resultados también dispares, conducentes en unos casos a una armonización «completa» y en otros «incompleta» de tales requerimientos (37).

C) Esquema de enjuiciamiento

Sentadas estas premisas (que han sido expuestas obviamente de manera muy sintética), el enjuiciamiento de la conformidad con el Derecho comunitario de las «restricciones a la comercialización» de bolsas de plástico contenidas en la normativa básica, navarra (y también balear) incluye tres operaciones.

En primer lugar, se trata de examinar el estado de la armonización comunitaria de los requisitos (ambientales) para la comercialización de bolsas de plástico, lo que, como veremos, exige analizar las tres piezas que constituyen la normativa de referencia en la materia (la Directiva de envases y residuos de envases, la relativa a las bolsas de plástico ligeras, que modifica la anterior, y la más reciente sobre ciertos productos de plástico de un solo uso).

(35) *Vid.*, al respecto, entre otros, G. ARIZA DOLLA (1989), M. LÓPEZ ESCUDERO (1991), G. VALENCIA MARTÍN (1993) y V. ÁLVAREZ GARCÍA (1999).

(36) A mediados de los ochenta se renueva el interés por avanzar en la consolidación del mercado interior, lo que tendrá reflejo en el Libro Blanco de la Comisión sobre la terminación del mercado interior [COM(85) 310, de 14 de junio de 1985] y más tarde en la aprobación del Acta Única Europea, modificación de los Tratados de 1986 (BOE núm. 158, de 3 de julio de 1987). En lo que ahora importa, la Comisión adopta una nueva estrategia general para la superación de los obstáculos técnicos a los intercambios a la que denomina «nuevo enfoque» [Comunicación de la Comisión «Armonización técnica y normalización: una nueva concepción», COM(85) 19 final, de 31 de enero; y puntos 57 a 80 del Libro Blanco], que será respaldada por el Consejo por Resolución de 7 de mayo de 1985 (DO C 136, de 4 de junio de 1985). El «nuevo enfoque» se basa en la sola armonización de los «requisitos esenciales» para la comercialización de los productos (desde el punto de vista de la seguridad, etc.) y la remisión de las especificaciones técnicas detalladas (hasta entonces también fijadas por las Directivas) a normas aprobadas por los Organismos europeos de Normalización, cuyo cumplimiento permite presumir la observancia de dichos requisitos, únicos obligatorios.

(37) Sobre estas categorías, *vid.* también, entre otros, L. GONZÁLEZ-VAQUÉ (2012).

Si como resultado de este análisis se comprueba, como veremos que así ocurre, que en relación con ese producto existe una armonización «incompleta», esto es, que las referidas restricciones no vienen impuestas (no se había dicho hasta ahora, pero era presumible a la vista de la disparidad de las regulaciones contempladas), pero tampoco están excluidas (antes bien, expresamente admitidas), es decir, si la temática vuelve al campo de aplicación de las reglas generales del Tratado, se tratará de comprobar si dichas restricciones cumplen las condiciones de justificación de toda regulación (nacional) en principio merecedora del calificativo de medida de efecto equivalente.

Hasta aquí, las reglas sustantivas. Pero la plena conformidad con el ordenamiento comunitario exige también, por último, la comprobación del cumplimiento de ciertas exigencias formales y de carácter preventivo, esto es, del llamado «procedimiento de información en materia de reglamentaciones técnicas», regulado en otra Directiva que luego mencionaremos.

2. El estado de la armonización en materia de bolsas de plástico

A) Marco normativo de referencia

La normativa comunitaria europea para hacer frente a la problemática ambiental de las bolsas de plástico (que se entregan al consumidor en los puntos de venta) se compone de tres piezas fundamentales, que por orden de antigüedad son las siguientes (38).

En primer lugar, la normativa general sobre envases y residuos de envases, que data de 1994 (Directiva 94/62/CE), aunque haya sufrido desde entonces algunas modificaciones parciales (39), y dentro de cuyo ámbito de aplicación

(38) Sin perder de vista la normativa de cabecera del sector, representada hoy por la Directiva 2008/98/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de noviembre de 2008, sobre los residuos, con sus modificaciones posteriores.

(39) Directiva 94/62/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de diciembre de 1994, relativa a los envases y residuos de envases, con sus modificaciones parciales posteriores [señaladamente, las Directivas 2004/12/CE, (UE) 2015/720 y (UE) 2018/852]. La transposición de la Directiva, en su versión inicial, se produjo por medio de la Ley 11/1997, de 24 de abril, de envases y residuos de envases, y su Reglamento, aprobado por Real Decreto 782/1998, de 30 de abril [vid., al respecto, entre otros, J. ROSA MORENO (1998: 163 y ss.) y R. SERRANO LOZANO (2007: 89 y ss.)], ambos con sus correspondientes modificaciones parciales posteriores. La Ley 22/2011, de residuos y suelos contaminados (disposición derogatoria única) derogó algunas partes de la Ley 11/1997 y rebajó el resto a rango reglamentario. La nueva Ley 7/2022 [Disposición transitoria undécima] ha mantenido esa rebaja de rango y encargado la redacción de un nuevo Reglamento, actualmente en tramitación (Proyecto de Real Decreto de envases y residuos de envases, <https://www.miteco.gob.es/es/calidad-y-evaluacion-ambiental/participacion-publica/Residuos-2021-PRD-Envases-2021.aspx>), que sustituirá a la Ley y al Reglamento de 1998.

siempre se han incluido, por su caracterización como «envases», todas estas bolsas con independencia de su espesor y composición (40).

En segundo lugar, la normativa mucho más reciente, aprobada en 2015, dirigida específicamente a la reducción del consumo de las bolsas de plástico ligeras, planteada lógicamente (al no desbordarla por su objeto ni por sus fines) como una de esas modificaciones parciales de la normativa general de envases y residuos de envases [Directiva (UE) 2015/720] (41).

Y, por fin, la normativa todavía más reciente, de 2019, relativa a una más amplia gama de «plásticos de un solo uso» [la Directiva (UE) 2019/904], cuyo ámbito de aplicación se solapa sólo parcialmente con el de la normativa general de envases y residuos de envases, de ahí que se presente como una regulación independiente, pero que incluye de nuevo las bolsas de plástico ligeras (42).

A continuación, vamos a examinar sucesivamente estas tres piezas a los solos efectos de resolver la cuestión que dejamos planteada, esto es, la de la compatibilidad o no con este subsector del ordenamiento ambiental comunitario de las restricciones a la comercialización de bolsas de plástico.

B) La Directiva de envases y residuos de envases

Un primer aspecto en el que cabe reparar es el de que la Directiva 94/62/CE, de 20 de diciembre de 1994, relativa a los envases y residuos de envases, aprobada en un momento en el que la Comunidad Europea disponía ya de competencia en materia de protección del medio ambiente (43), se aprobó no obstante con fundamento en la competencia para la armonización de legislaciones (44). Y ese mismo fundamento han seguido teniendo todas

(40) La caracterización como «envases» de las bolsas de plástico que se entregan a los consumidores en los puntos de venta nunca ha ofrecido dudas conforme a la propia definición de «envase» por la normativa indicada. No obstante, la modificación parcial de la Directiva 94/62/CE llevada a cabo por la Directiva 2004/12/CE, que añadió criterios aclaratorios y ejemplos ilustrativos, las menciona expresamente dentro de dichos ejemplos (Anexo I de la Directiva, en la redacción dada hoy por la Directiva 2013/2/UE de la Comisión; y Anejo 1 del Reglamento de desarrollo de la Ley 11/1997, en la redacción dada hoy por la Orden AAA/1783/2013).

(41) Directiva (UE) 2015/720 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2015, por la que se modifica la Directiva 94/62/CE en lo que se refiere a la reducción del consumo de bolsas de plástico ligeras.

(42) Directiva (UE) 2019/904 del Parlamento europeo y del Consejo de 5 de junio de 2019, relativa a la reducción del impacto de determinados productos de plástico en el medio ambiente.

(43) Se introdujeron, como es sabido, con el Acta Única Europea de 1986, antes señalada.

(44) Art. 100A del Tratado constitutivo de la Unión Europea, introducido por el Acta Única Europea (hoy, art. 114 TFUE).

sus modificaciones, incluida la relativa a la reducción del consumo de bolsas de plástico ligeras.

La razón de ser de esta elección (45), que se traduce en mayores dificultades de apartamiento respecto del régimen común (46), tal vez guarde relación con las disfunciones que venían provocando ya por entonces los distintos sistemas de gestión de residuos de envases ensayados por algunos Estados miembros (47), de muy difícil remedio a partir de las solas reglas del Tratado, como evidenció el caso de la legislación danesa sobre envases de cerveza y bebidas refrescantes ya decidido por entonces por sentencia del Tribunal de Justicia (48).

Sin perjuicio, pues, de su finalidad mediata de naturaleza ambiental y de la obligación en estos casos de partir de un nivel elevado de protección (49), la finalidad inmediata o principal de la normativa comunitaria de envases y residuos de envases parece haber sido desde el principio la de aproximar las legislaciones nacionales con vistas a garantizar la existencia y el buen funcionamiento del mercado único europeo.

Ciertamente, nunca se ha producido una armonización completa toda de la materia, consinténdose, por ejemplo, la existencia de fórmulas diferentes de gestión de residuos de envases, cuyas posibles repercusiones desfavorables se han tenido que seguir evaluando a la luz de las reglas generales del Tratado sobre la libre circulación de mercancías (50).

(45) Infrecuente en el campo de los residuos. Así, la Directiva 2008/98/CE se fundamenta en las competencias en materia ambiental (hoy, art. 192 TFUE; antes, art. 175).

(46) Compárense los apartados 4 a 10 del art. 114 TFUE (aproximación de legislaciones), mucho más restrictivos, con el art. 193 TFUE, sobre medio ambiente («Las medidas de protección adoptadas en virtud del artículo 192 no serán obstáculo para el mantenimiento y la adopción, por parte de cada Estado miembro, de medidas de mayor protección. Dichas medidas deberán ser compatibles con los Tratados y se notificarán a la Comisión»).

(47) *Vid.*, al respecto, J. ROSA MORENO (1998: 173 y ss.).

(48) Sentencia de 20 de septiembre de 1988, Comisión/Dinamarca, as. 302/86, que libró sustancialmente de todo reproche a la normativa danesa relativa a la comercialización de cerveza y bebidas refrescantes en envases retornables, pese a representar un obstáculo para la comercialización de bebidas importadas (medida de efecto equivalente), por la capacidad de los Estados miembros para decidir la ambición de sus objetivos ambientales en ausencia de armonización.

(49) Hoy, art. 114.3 TFUE.

(50) *Vid.*, por eje., a este respecto, la sentencia de 14 de diciembre de 2004, Comisión/Alemania, as. C-463/01, relativa al sistema alemán de depósito, devolución y retorno de envases de aguas minerales naturales, evaluada con arreglo a las disposiciones del Tratado por la falta de una armonización completa de los sistemas de gestión, y censurada únicamente, pese a la aceptación por la sentencia de su carácter productor de obstáculos, por no conceder un plazo de adaptación suficiente desde el sistema anterior de gestión integrada de los residuos de dichos envases (desproporción). La Comunicación de la Comisión «Envases de bebidas, sistemas de depósito y libre circulación de mercancías» (DO C 107, de 09/05/2009) contiene un completo repaso de la jurisprudencia comunitaria en esta materia.

Pero hay un aspecto, del mayor interés para nosotros, en el que la Directiva sí llevó a cabo desde el principio una armonización completa, que es el relativo a los requisitos (ambientales) para la comercialización de envases (51). En efecto, siguiendo la nueva metodología de armonización que acompañó a la aprobación del Acta Única Europea (las llamadas Directivas del «nuevo enfoque»), la Directiva 94/62/CE se limitó a establecer una serie de «requisitos básicos» de obligado cumplimiento para la puesta en el mercado de envases (52), la presunción de conformidad con dichos requisitos en caso de cumplimiento de las normas técnicas elaboradas por el Organismo Europeo de Normalización (53), y la consiguiente prohibición, dirigida a los Estados miembros, de impedir la comercialización de envases que cumplieran dichos requisitos. No otro es el sentido del art. 18 de la Directiva (libertad de puesta en el mercado), de especial relevancia en este caso: «Los Estados miembros no impedirán la puesta en el mercado en su territorio de los envases que cumplan las disposiciones de la presente Directiva» (54).

En lo que ahora importa, es claro que la prohibición de entrega al consumidor de bolsas de plástico que cumplieran con los mencionados requisitos básicos (que no incluían, ni incluyen, requisitos de fabricación con material compostable o con porcentajes mínimos de plástico reciclado) resultaba impedida por la Directiva, a menos que se produjera una modificación (55).

(51) Los de índole sanitaria quedaban y siguen quedando fuera de su ámbito de aplicación (art. 2.2), regulados por otras normativas.

(52) Establecidos en el Anexo II (requisitos básicos sobre composición de los envases y sobre la naturaleza de los envases reutilizables y valorizables, incluidos los reciclables), al que remite el art. 9.1 de la Directiva (requisitos básicos), y que tienen un carácter muy general, haciendo referencia, entre otras cosas, al volumen y peso de los envases («el mínimo adecuado») o a su fabricación con materiales reutilizables o valorizables; así como en el art. 11, en relación con los niveles de concentración de metales pesados.

(53) Art. 9.2 de la Directiva. Las referencias de estas normas técnicas fueron publicadas por Decisión de la Comisión de 28 de junio de 2001 (DO L 190, de 12/07/2001).

(54) La sentencia antes mencionada de 14 de diciembre de 2004, Comisión/Alemania (ap. 44) confirma el carácter completo de la armonización en este punto: «la organización de los sistemas nacionales destinados a favorecer la reutilización de los envases no se ha armonizado de forma completa (...) *contrariamente a lo que ocurre en el caso del mercado y de la identificación de los envases y de las exigencias relativas a la composición y al carácter reutilizable o valorizable de éstos, regulados por los artículos 8 a 11 y por el anexo II de la Directiva 94/62*» (la cursiva es nuestra).

(55) En este sentido, tiene interés señalar que la aprobación de la Directiva 94/62/CE hizo que la Comisión volviera a impugnar la legislación danesa sobre envases de cerveza y bebidas refrescantes, que se mantenía por entonces en sus propios términos, y que resultaba ahora incompatible con la armonización completa de los requisitos para la comercialización de envases al impedir la comercialización de esas bebidas en envases metálicos (latas). El asunto (as. C-246/99), resuelto extrajudicialmente (mediante la modificación de la legislación danesa), no llegó a Sentencia, pero sí llegaron a formularse las Conclusiones del Abogado

C) La Directiva sobre bolsas de plástico ligeras

Este es el sentido, en lo que ahora importa, de la Directiva (UE) 2015/720 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2015, por la que se modifica la Directiva 94/62/CE en lo que se refiere a la reducción del consumo de bolsas de plástico ligeras, que, como ya se dijo, obliga a los Estados miembros a reducir «de forma sostenida» el consumo de estas bolsas, poniendo a su disposición, entre otras medidas, pero sin imponer su uso, la posibilidad de establecer «restricciones a la comercialización *como excepción a lo dispuesto en el artículo 18*, siempre que estas restricciones sean proporcionadas y no discriminatorias» (la cursiva es nuestra) (56).

Es decir, por lo que se refiere a las bolsas de plástico ligeras, la Directiva levanta la armonización completa de los requisitos de comercialización, permitiendo la imposición de otros más estrictos, devolviendo lógicamente este tipo de medidas («restricciones a la comercialización») al ámbito de las reglas generales del Tratado sobre la libre circulación de mercancías, que no otra cosa quiere decir que esas restricciones hayan de ser «proporcionadas y no discriminatorias».

Problema distinto es el de las bolsas de plástico «gruesas», que no constituyen el centro de atención de la Directiva y para las que no rigen las obligaciones, pero tampoco las facultades otorgadas por ella, es decir, la posibilidad de introducir restricciones, como excepción a la armonización completa de los requisitos de comercialización de envases. Es más, en su única referencia, no imperativa, a este tipo de bolsas la Directiva parece descartar el empleo de esta clase de medidas («Sin perjuicio del artículo 15, los Estados miembros podrán tomar medidas como, por ejemplo, instrumentos económicos y objetivos nacionales de reducción, en lo que respecta a cualquier tipo de bolsas de plástico, independientemente de su espesor») (57).

La compatibilidad, pues, con la Directiva de envases y residuos de envases de las prohibiciones de entrega al consumidor de cierto tipo de bolsas de plástico «gruesas» (las no compostables en la legislación navarra y las de

General (en este caso, del Sr. Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer), de 13 de septiembre de 2001, muy interesantes y en las que parte también del carácter «completo» de la armonización de los requisitos para la comercialización de envases (ap. 40).

(56) Art. 4.1 *bis*, párrafo segundo de la Directiva 94/62/CE, introducido por la Directiva (UE) 2015/720. El art. 18 de la Directiva 94/62/CE (libertad de puesta en el mercado) es el que, como vimos, prohíbe a los Estados miembros impedir la puesta en el mercado de los envases que cumplan con los «requisitos básicos» establecidos por la propia Directiva.

(57) Art. 4.1 *ter* de la Directiva 94/62/CE. El art. 15 de la Directiva 94/62/CE (ya presente desde su versión inicial) habilita también a la Unión Europea (al Consejo) para aprobar «instrumentos económicos» con el fin de fomentar la realización de sus objetivos.

menos de un 50% de plástico reciclado de la legislación básica) resulta, pues, mucho más dudosa (58).

D) La Directiva de plásticos de un solo uso

La Directiva (UE) 2019/904 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de junio de 2019, relativa a la reducción del impacto de determinados productos de plástico en el medio ambiente, tiene por finalidad reducir el impacto en el medio ambiente, fundamentalmente en el medio marino, de todo un conjunto de plásticos «de un solo uso», en principio bien delimitados por la Directiva (en su Anexo único (59)) y buena parte de los cuales constituyen también envases (como, por ejemplo, las propias bolsas de plástico ligeras), a través de un conjunto diversificado de medidas (60), que van desde la prohibición de comercialización en toda la Unión Europea hasta la mera previsión de medidas de concienciación de la ciudadanía, pasando por la exigencia de una reducción «ambiciosa y sostenida» del consumo de algunos de estos productos a través, entre otras opciones, del tipo de medidas que viene centrando nuestra atención, es decir, de «restricciones a la comercialización», a condición, como siempre, de que sean «proporcionadas y no discriminatorias» (61).

(58) En un interesante estudio reciente, encargado por la Comisión, sobre la aplicación de la Directiva (UE) 2015/720 («Scoping study to assess the feasibility of further EU measures on waste prevention and implementation of the Plastic Bags Directive. Part II – Implementation of Plastic Bags Directive», European Union, 2022, disponible en: https://ec.europa.eu/environment/topics/plastics/plastic-bags_en) se relatan las dudas de la Comisión acerca de la legalidad de las restricciones a la comercialización de bolsas de plástico «gruesas» impuestas no sólo en España, sino también por otros Estados miembros (p. 92); aunque lo bien cierto es que no consta que la Comisión se opusiera a las previstas en el Real Decreto 293/2018 cuando le fueron comunicadas, como luego veremos, siguiendo el procedimiento de información en materia de reglamentaciones técnicas.

(59) Aunque para resolver las lógicas dificultades de interpretación que se plantean en algunos casos, la Comisión, conforme al encargo de la propia Directiva (art. 12), haya aprobado unas Directrices aclaratorias, no vinculantes: Directrices de la Comisión relativas a los productos de plástico de un solo uso con arreglo a la Directiva (UE) 2019/904 del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la reducción del impacto de determinados productos de plástico en el medio ambiente (DO C 216, 07/06/2021).

(60) En atención, entre otras cosas, a la existencia o no de alternativas disponibles al plástico para cada tipo de productos (cdo. 13 de la Directiva).

(61) En los arts. 4 a 10 de la Directiva se recoge ese conjunto diversificado de medidas: art. 4 (reducción del consumo), art. 5 (restricciones a la introducción en el mercado), art. 6 (requisitos aplicables a los productos), art. 7 (requisitos de marcado), art. 8 (responsabilidad ampliada del productor), art. 9 (recogida separada) y art. 10 (medidas de concienciación). Y en el Anexo, dividido en otras tantas partes (A a G), se enumeran los productos de plástico de un solo uso sujetos a cada uno de esos tipos de medidas, no siempre excluyentes entre sí. Más detalles al respecto, en B. SORO MATEO (2022: 377 y ss.) y J.M. BELTRÁN CASTELLANOS (2022).

La «base jurídica» de esta Directiva en las disposiciones del Tratado relativas a la protección del medio ambiente (art. 192.1 TFUE) podría hacer pensar que todo este conjunto de medidas constituye simplemente un mínimo susceptible de mejora por los Estados miembros (art. 193 TFUE), que podrían así someter a «restricciones a la comercialización» productos para los que la Directiva prevé medidas de menor calado (62).

Se trataría, sin embargo, a mi juicio, de una conclusión precipitada, pues una lectura atenta de la Directiva pone de manifiesto un claro afán armonizador (siquiera sea de forma incompleta) de las legislaciones nacionales en la materia, con el fin de evitar la aparición de obstáculos comerciales y garantizar el buen funcionamiento del mercado interior (63). Así pues, parece más razonable pensar que, en relación con los productos de plástico de un solo uso incluidos dentro de su ámbito de aplicación (64), los Estados miembros han de utilizar las medidas previstas para cada uno de ellos (lo que en ocasiones incluye una gama de opciones), pero no otras distintas, no pudiendo en particular establecer restricciones a la comercialización fuera de los casos expresamente previstos (65).

Concretamente, por lo que aquí importa, esta Directiva no supone un cambio relevante en la regulación de las bolsas de plástico. Para empezar, las bolsas de plástico gruesas quedan fuera de su ámbito de aplicación, ya que no tienen la consideración de plásticos de un solo uso (66). Y, en relación con las bolsas de plástico ligeras, que sí lo tienen, la posibilidad de establecer restricciones a la comercialización ya venía garantizada por la Directiva (UE) 2015/720, de modo que no se reitera (67). La única novedad es la obligación de tomar medidas de concienciación y de establecer un régimen

(62) Así parecen entenderlo B. LOZANO CUTANDA y P. POVEDA SÁNCHEZ (2019: 2).

(63) Cdo. 6 de la Directiva: «El impacto de [las medidas existentes a escala europea] (...) no es suficiente, y existen diferencias en cuanto al alcance y el nivel de ambición entre las medidas nacionales (...). Por otra parte, algunas de esas medidas, en particular las restricciones a la comercialización de productos de plástico de un solo uso, pueden crear obstáculos comerciales y distorsionar la competencia en la Unión».

(64) Que no son todos los imaginables. Lo veremos, *infra*, en el apartado VII, en el que comentaremos la transposición de esta Directiva por la nueva Ley 7/2022.

(65) Así, por eje., las «botellas para bebidas de hasta tres litros de capacidad» están sujetas a «medidas de concienciación», «responsabilidad ampliada del productor» y «recogida separada» a partir de ciertas fechas y en unos determinados porcentajes, pero no están incluidas dentro del ámbito de aplicación del art. 4 (reducción del consumo), que es el que contempla la posibilidad de imponer «restricciones a la comercialización».

(66) Así se deduce del Anexo de la Directiva, que sólo menciona las «bolsas de plástico ligeras», y lo corroboran las Directrices de la Comisión antes mencionadas (p. 32).

(67) La Directiva abre esa posibilidad (art. 4 y parte A del Anexo) en relación con otra serie de productos de plástico de un solo uso: los vasos para bebidas y los recipientes para alimentos destinados al consumo inmediato.

de responsabilidad ampliada del productor, lo que en el caso español (aquí de forma coincidente en Navarra y en el resto de España) afecta a las hechas con material compostable, únicas permitidas (68).

3. Las condiciones de justificación de las medidas de efecto equivalente

A) Los supuestos de armonización incompleta

Del examen que acabamos de hacer de la normativa comunitaria resulta, en síntesis, que las restricciones a la comercialización de ciertos tipos de bolsas de plástico que contienen tanto la legislación navarra (y balear) como la propia legislación básica, si bien no vienen impuestas en ninguna de sus variantes, sí se encuentran permitidas (de manera clara para las ligeras y mucho más dudosa para las gruesas), aunque bajo la condición en todo caso de que sean «proporcionadas y no discriminatorias».

Aunque se trata de condiciones enunciadas por la normativa aplicable, lo único que hace con ello dicha normativa es recordar las condiciones exigibles, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, para la justificación de medidas que, como las restricciones a la comercialización basadas en las características de los productos, constituyen «medidas de efecto equivalente» y que, de no cumplirse tales condiciones, se encontrarían prohibidas por el Tratado sin necesidad de recordatorio alguno por normas de Derecho derivado.

Por eso, y aunque a la postre el resultado sería el mismo, en lugar de tomar esa normativa como parámetro directo de la exigibilidad de dichas condiciones, parece más correcto entender que estamos ante un supuesto de «armonización incompleta», con la consecuencia, también según jurisprudencia reiterada, de que allí adonde no llega la armonización (como ocurre en este caso, por el carácter opcional de las restricciones a la comercialización) se reabre la posibilidad de enjuiciar las medidas (nacionales) a partir de las disposiciones pertinentes del Tratado, aquí, las relativas a la libre circulación de mercancías (medidas de efecto equivalente) (69).

(68) Arts. 10 y 8.2 de la Directiva, en relación con las partes G y E1 del Anexo, respectivamente.

(69) *Vid.*, en este sentido, la sentencia, ya mencionada, de 14 de diciembre de 2004, Comisión/Alemania, relativa al sistema alemán de depósito, devolución y retorno de envases de aguas minerales naturales (ap. 45): «Tales sistemas [los de gestión de envases] pueden, por consiguiente [por no haber sido armonizados de manera completa], evaluarse conforme a las disposiciones del Tratado relativas a la libre circulación de mercancías».

B) La proporcionalidad de las medidas

Las condiciones para la justificación de una medida que, siendo indistintamente aplicable a los productos nacionales e importados, revista no obstante los caracteres de una «medida de efecto equivalente» son, según jurisprudencia reiterada, las dos siguientes (70): en primer lugar, que responda a un objetivo de interés general y de naturaleza no económica [las llamadas «exigencias imperativas» o «razones imperiosas de interés general» (71)], catálogo abierto de razones, pero dentro de las cuales ocupa un lugar destacado la protección del medio ambiente (72), y en segundo lugar, que se trate de una medida proporcionada, en el sentido de que sea idónea (o adecuada) y necesaria para alcanzar los objetivos previstos, por la inexistencia de otras medidas menos restrictivas capaces de atenderlos con el mismo grado de eficacia (73).

En el caso presente, la expresa autorización de las «restricciones a la comercialización» de bolsas de plástico [también adoptadas por otros Esta-

(70) *Vid.*, a este respecto, la Comunicación de la Comisión, ya mencionada, «Guía sobre los artículos 34 a 36 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE)» (pp. 66 y ss.).

(71) Ambas expresiones son intercambiables. La expresión «exigencias imperativas» [*mandatory requirements* (en inglés), *exigences impératives* (en francés)] es la comúnmente usada por la jurisprudencia comunitaria en el ámbito de la libre circulación de mercancías; mientras que la expresión «razones imperiosas» de interés general [*pressing reasons of public interest* (en inglés), *raisons impérieuses d'intérêt général* (en francés)] es la utilizada en el ámbito de otras libertades comunitarias. Siempre pensé que la traducción más adecuada de *mandatory requirements* y *exigences impératives* era también la de «exigencias imperiosas», no la de exigencias «imperativas», que parece una redundancia, pero esta última es la que se sigue usando.

(72) *Vid.*, por todos, recientemente y con detalle, G. GARCÍA-ÁLVAREZ (2018: pp. 248 y ss.). También, J.J. PERNAS GARCÍA (2001: 599 y ss.).

(73) En la jurisprudencia comunitaria (al menos en relación con las medidas de efecto equivalente) la aplicación del principio de proporcionalidad no se produce repasando el sucesivo cumplimiento de sus tres escalones característicos (idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto), sino en una versión más comedida, también en cierto modo más clásica, que la limita al examen de los dos primeros: la aptitud o idoneidad de la medida para conseguir el objetivo propuesto, y su necesidad para alcanzarlo, en el sentido de inexistencia de medidas igualmente eficaces, pero menos restrictivas (*vid.*, a este respecto, la referida Comunicación de la Comisión, pp. 74 y ss.). En definitiva, se trata de una comprensión del principio de proporcionalidad como un mecanismo de simple evaluación de los medios empleados para alcanzar ciertos objetivos, sin poner en cuestión estos mismos objetivos ni su grado de ambición (a lo que conduce el tercero de los escalones, la llamada proporcionalidad en sentido estricto). Tal vez esto tenga que ver con la afirmación habitual en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en esta materia de que, a falta de armonización (o en caso de armonización incompleta), los Estados miembros pueden decidir libremente la ambición de los objetivos (legítimos) que se proponen alcanzar (*vid.*, la Comunicación mencionada, p. 75). Así ha venido ocurriendo también siempre entre nosotros, como veremos, en relación con la interpretación del art. 139.2 CE. No obstante, propone que así sea T. DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI (2008: 60).

dos miembros (74)], permite presumir la legitimidad de los objetivos, y como tampoco está en tela de juicio su carácter «indistintamente aplicable», todo el debate queda remitido al terreno de la proporcionalidad, lo que no obstante obliga a precisar mejor esos objetivos (75).

El ejercicio que vamos a hacer a continuación a este respecto es puramente hipotético, pero revelador de la manera como, a nuestro juicio, deben analizarse estas cuestiones y de las insuficiencias del examen que, como luego veremos, hizo nuestro Tribunal Constitucional (76):

(1) Para empezar, parece claro que el tipo de restricciones a la comercialización que nos ocupan, limitadas en general a las bolsas de plástico que (no) presenten ciertas características (77), no tienen por finalidad «reducir el consumo de bolsas de plástico (ligeras)», objetivo principal de la Directiva, pues permite la sustitución de unos tipos de bolsas por otros. Si tal cosa se adujera como única justificación de estas medidas, su condena por desproporcionadas resultaría inevitable, por su falta de idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto (78).

(2) Ahora bien, la reducción en términos absolutos del «consumo de bolsas de plástico (ligeras)» no es el único objetivo compatible con la Directiva,

(74) El estudio antes mencionado sobre la aplicación de la Directiva (UE) 2015/720 [«Scoping study (...) Part II – Implementation of Plastic Bags Directive», Unión Europea, 2022] muestra que bastantes Estados miembros (pero no todos, pues muchos han optado por otro tipo de medidas, como instrumentos económicos) han impuesto también «restricciones a la comercialización» de diferente alcance, en algunos casos más intensas y en otros menos que las nuestras (la solución navarra coincide con la italiana). Así, simplícidamente, restringen (es decir, prohíben) también la comercialización de bolsas de plástico: (1) Francia (todas, salvo las aptas para compostaje doméstico y las reutilizables), (2) Austria (todas, salvo las muy ligeras aptas para compostaje doméstico y las reutilizables), (3) Bélgica (todas, salvo las muy ligeras y las reutilizables), (4) Italia —y Navarra— (todas, salvo las compostables), (5) Alemania (las ligeras, salvo las muy ligeras, Ley de 27 de enero de 2021), (6) Hungría (las ligeras, salvo las muy ligeras y las compostables), (7) Malta (las ligeras, salvo las muy ligeras, las compostables y las reutilizables) y (8) Dinamarca (las ligeras entre 15 y 30 micras).

(75) La carga de explicitarlos corresponde al Estado miembro que adopta las medidas. *Vid.*, al respecto, la Comunicación mencionada, p. 76.

(76) Como las medidas españolas (básicas o autonómicas) no han sido impugnadas ni conocemos el examen de las mismas efectuado por la Comisión Europea en el marco del procedimiento de información en materia de reglamentaciones técnicas al que nos referiremos después, tomaremos en consideración las razones aducidas en la Exposición de Motivos del Real Decreto y en el Preámbulo de la Ley Foral. La Exposición de Motivos de la Ley balear, aunque hace referencia a la problemática de las bolsas de plástico, no da ninguna razón sobre las concretas medidas adoptadas.

(77) La excepción a este respecto es la legislación balear, que prohíbe la entrega de todo tipo de bolsas de plástico ligeras, salvo las muy ligeras compostables.

(78) En este sentido, y paradójicamente, la legislación balear, que prohíbe (como la alemana) la entrega de bolsas de plástico ligeras, salvo las muy ligeras compostables (la alemana también exceptúa las muy ligeras, pero sin exigir que sean compostables), sería la más «proporcionada» en términos de idoneidad.

pues cabría aducir otros como (a) la reducción del impacto ambiental de las bolsas de plástico una vez convertidas en residuos dispersos (en este sentido, la sustitución de bolsas convencionales por compostables), (b) el fomento de la valorización orgánica de las bolsas de plástico (lo mismo) o (c) la apertura de un mercado para el plástico reciclado (en este sentido, la sustitución de las bolsas convencionales por bolsas con un porcentaje mínimo de plástico reciclado) (79).

(3) Con estos fines, las medidas que nos ocupan podrían pasar en principio el test de idoneidad, restando sólo el examen de su necesidad, para lo que habría que tener en cuenta la posible existencia de medidas menos restrictivas, pero igualmente eficaces (80). No obstante, la adecuación o idoneidad de las medidas podría también quedar en tela juicio en caso de falta de coherencia de los planteamientos, es decir, si los objetivos no se persiguen de forma «congruente y sistemática» (81).

(4) Si la razón para no permitir otro tipo de bolsas que nos sean las compostables (todas, en el caso navarro; si se trata de bolsas ligeras, según la legislación básica) es «acomparar» la entrada en vigor de esta medida con la efectiva implantación de sistemas de recogida separada de residuos orgánicos, favoreciendo así la valorización orgánica de estas bolsas (que pueden mezclarse con el resto de residuos orgánicos), como señalan de consuno el Real Decreto 293/2018 (82) y la Ley Foral 14/2018 (83), la coherencia (y con ella la idoneidad) de la legislación navarra parece indudable, pues en

(79) A este respecto, cabría tener en consideración la previsión ya comentada (nuevo apartado 1 bis del art. 4 de la Directiva 94/62/CE, párrafo tercero) de que las medidas de reducción (también las restricciones a la comercialización) «pueden variar dependiendo del impacto medioambiental de las bolsas de plástico ligeras cuando se valorizan o se desechan, de sus propiedades a efectos de compostaje, su durabilidad o su uso específico previsto», lo que sin duda juega a favor de cualquier distinción entre bolsas convencionales y compostables (aunque el menor impacto ambiental de las bolsas compostables, una vez convertidas en residuos dispersos, es una cuestión discutida).

(80) No lo parecen con estos fines los instrumentos económicos.

(81) A la hora de valorar la «proporcionalidad» («idoneidad») de las medidas creadoras de obstáculos comerciales, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia también exige que los objetivos alegados se persigan «de forma coherente y sistemática». *Vid.*, al respecto, la Comunicación antes mencionada, p. 75.

(82) «Con este plazo [a partir del 1 de enero de 2021], se pretende acomparar la obligatoriedad de que las bolsas de plástico ligeras y muy ligeras sean sólo compostables con la plena implantación de la recogida separada de los biorresiduos, necesaria para poder cumplir con los objetivos comunitarios de preparación para la reutilización y reciclado de residuos municipales, establecidos en Ley 22/2011, de 28 de julio, así como en las nuevas directivas europeas de residuos» (Exposición de motivos del Real Decreto, apartado III).

(83) «Por último, se fija la fecha de 1 de enero de 2020 para la prohibición de bolsas excepto compostables para acompararla al cronograma en el Plan de Residuos de Navarra 2017-2027 de obligatoriedad de recogida selectiva de materia orgánica» (Preámbulo de la Ley Foral, apartado V).

esta Comunidad Foral se encuentra en marcha (se encontraba ya a la fecha de entrada en vigor de la medida, el 1 de enero de 2020) una política completa de recogida separada y valorización de residuos orgánicos (84), aunque subsista el problema (no por razones de coherencia, sino de admisibilidad en sí) de la extensión de esta medida a las bolsas de plástico gruesas (85).

Más discutible parece, en cambio, la coherencia a este respecto de la legislación básica (86), por no existir todavía en el conjunto de España una infraestructura similar a la navarra para proceder a su recogida separada y posterior valorización orgánica (87), teniendo en cuenta también los problemas que la mezcla de una y otra clase de bolsas plantea para el reciclado (88).

(5) En cambio, la finalidad de favorecer el reciclado de plástico podría justificar plenamente (por idónea y necesaria) la medida consistente en imponer un porcentaje mínimo de plástico reciclado en la composición de las bolsas gruesas (como una manera de abrir mercado al plástico reciclado) (89), siempre y cuando se admita que cabe imponer restricciones a la comercialización para este tipo de bolsas (90).

(84) «La recogida selectiva de materia orgánica en Navarra se incrementa un 181% en la última década y sitúa a la Comunidad Foral a la cabeza del Estado» (navarra.es, de 23 de marzo de 2021).

(85) Para ello, el Preámbulo de la Ley Foral (apartado V) aporta otra razón, sin duda también coherente, pero que no despeja la duda indicada: «La prohibición de entrega de bolsas de plástico se extiende a todas las bolsas, incluidas las de más de 50 micras, para lograr un efecto global de prevención evitando que la prohibición de las ligeras afecte al crecimiento en el consumo de bolsas de más de 50 micras».

(86) También expresan dudas al respecto B. LOZANO CUTANDA Y P. POVEDA GÓMEZ (2018: pp. 6-7).

(87) Ya vimos que el Consejo de Estado, en su Dictamen sobre el proyecto de Real Decreto (núm. de expediente: 274/2018), que contemplaba como fecha de entrada en vigor de la medida el 1 de enero de 2020, sugirió que se retrasara «algo más, por ejemplo, al 1 de enero de 2021», para hacerla coincidir «con la fecha prevista para la recogida obligatoria de la fracción orgánica». Lo cierto es que hasta la nueva Ley 7/2022 (art. 25) no hubo un calendario legal para la recogida separada obligatoria de biorresiduos de origen doméstico (la fecha más temprana, ahora, es el 30 de junio de 2022).

(88) A los que, por cierto, se refiere también la Exposición de motivos del Real Decreto (apartado V): «De esta forma, las bolsas compostables, cuyo tratamiento más adecuado es a través de procesos biológicos, se gestionarán conjuntamente con la fracción de biorresiduos presente en los residuos municipales, evitando así que se puedan mezclar con otros flujos de residuos como los de envases de plástico, ya que su mezcla podría dificultar el reciclado mecánico de los plásticos no compostables».

(89) Esta es la razón que aduce la Exposición de motivos del Real Decreto (apartado III): «con el fin de avanzar hacia una economía circular y fomentar la reincorporación de materiales procedentes de residuos en la fabricación de nuevos productos».

(90) También establece ahora porcentajes mínimos de plástico reciclado la Directiva (UE) 2019/904 en relación con las botellas PET para bebidas de hasta tres litros de capacidad (art. 6.5).

4. El procedimiento de información en materia de reglamentaciones técnicas

Aunque las restricciones a la comercialización cumplieran por entero las mencionadas exigencias sustantivas, restaría todavía, para su plena conformidad con el Derecho comunitario, el cumplimiento de una exigencia formal. Se trata del «procedimiento de información en materia de reglamentaciones técnicas», que cuenta ya con larga tradición como mecanismo preventivo de la creación de obstáculos indebidos al comercio intracomunitario, y que actualmente, con ciertas novedades respecto de su versión original, se encuentra regulado por una Directiva del año 2015 [la Directiva (UE) 2015/1535] (91); cuyo cumplimiento sólo parece en principio acreditado en el caso de la legislación básica, del Real Decreto que la contiene, pero no así en el caso de las legislaciones navarra y balear, en la medida en que no son simple reproducción de aquel (92).

Que las reglas «controvertidas» entran dentro del ámbito de aplicación de esta normativa es algo que, a mi juicio, resulta indudable. En primer lugar, no es obstáculo que algunas sean disposiciones de rango legal, pues el concepto de «reglamentaciones técnicas» es un concepto material (no formal), que incluye todas las «disposiciones legales, reglamentarias o

(91) Directiva (UE) 2015/1535 del Parlamento europeo y del Consejo de 9 de septiembre de 2015, por la que se establece un procedimiento de información en materia de reglamentaciones técnicas y de reglas relativas a los servicios de la sociedad de la información (versión codificada). La primera versión de este mecanismo preventivo, que formaba parte del «nuevo enfoque» para la superación de los obstáculos técnicos al comercio, al que ya hicimos antes una breve referencia, vino dada por la Directiva del Consejo, de 28 de marzo de 1983, que fue objeto de algunas modificaciones parciales antes de dar paso a la siguiente, representada por la Directiva 98/34/CE, hoy reemplazada por la Directiva (UE) 2015/1535. La transposición de esta normativa se hizo primero por el Real Decreto 1168/1995, luego sustituido por el Real Decreto 1337/1999, de 31 de julio, por el que se regula la remisión de información en materia de normas y reglamentaciones técnicas y reglamentos relativos a los servicios de la sociedad de la información. Las virtudes prácticas de este sistema como mecanismo eficaz de prevención del surgimiento de obstáculos técnicos a los intercambios han sido ponderadas en numerosas ocasiones por la Comisión, también en relación con los envases y residuos de envases. Así, por eje., en la Comunicación de la Comisión «Envases de bebidas, sistemas de depósito y libre circulación de mercancías» (DO C 107, de 09/05/2009, p. 9).

(92) La Directiva (UE) 2015/1535 (art. 9) y el Real Decreto 1337/1999 (art. 9) exigen que en la publicación de las disposiciones sometidas a este procedimiento se haga referencia al cumplimiento del trámite, cosa que sólo ocurre en el caso del Real Decreto 293/2018 (apartado V de su Exposición de Motivos), pero no así en el caso de la Ley Foral 14/2018 ni de la Ley balear 8/2019. Existe también una base de datos comunitaria, la base de datos TRIS (*Technical Regulation Information System*; <https://ec.europa.eu/growth/tools-databases/tris/es/>) en la tampoco no aparecen estas disposiciones autonómicas, a diferencia de lo que ocurre con el proyecto del que sería Real Decreto 293/2018.

administrativas» de los Estados miembros con un determinado objeto (93). En segundo lugar, porque también es indudable que el contenido de tales reglas resulta subsumible en alguna de las modalidades de «reglamentaciones técnicas» que contempla la Directiva, concretamente, en la modalidad básica de «especificaciones técnicas», puesto que se trata de reglas que definen «las características requeridas de un producto» de cara a su comercialización (en este caso, la composición de las bolsas de plástico) (94). Y, finalmente, porque tampoco parece que pueda entrar en juego en estos casos ninguna de las excepciones previstas por la Directiva respecto de la exigencia de notificación previa (95).

La observancia de este procedimiento de información (también llamado de transparencia en materia de mercado interior (96)) conlleva obligaciones en principio modestas, consistentes en comunicar a la Comisión Europea (97) los proyectos de reglamentación con suficiente antelación para que ella misma, los demás Estados miembros y el público interesado puedan formular observaciones, y en esperar un mínimo de tres meses antes de aprobar las reglamentaciones, pero sin que exista obligación alguna de atender las posibles observaciones que haga o haga suyas la Comisión (98).

Pero las consecuencias jurídicas de su incumplimiento (por falta de comunicación o por no esperar el plazo de *statu quo*) son muy relevantes, pues como tiene declarado el Tribunal de Justicia, la adopción de reglamentos técnicos incumpliendo la obligación de notificación «constituye un vicio sustancial de procedimiento que puede dar lugar a la inaplicabilidad de los reglamentos técnicos controvertidos a particulares» y por lo tanto al Juez nacional «incumbe

(93) Arts. 1.1, letra f) y 7 de la Directiva (UE) 2015/1535 (y art. 2.12 del Real Decreto 1337/1999). Sin ir más lejos, también tiene rango legal la nueva Ley 7/2022, en cuyo Preámbulo (apartado XVII) consta igualmente que el anteproyecto se sometió al procedimiento de información que nos ocupa.

(94) Arts. 1.1, letras c) y f) de la Directiva (UE) 2015/1535 (y art. 2.3 y 12 del Real Decreto 1337/1999). *Vid.*, al respecto, entre otras, la sentencia del Tribunal de Justicia de 28 de mayo de 2020, *Syndyk*, As. C 727/17 (ap. 32 y ss.).

(95) No se trata de una «simple transposición íntegra» de una norma comunitaria (art. 5 de la Directiva y art. 5 del Real Decreto), ni tampoco de disposiciones (nacionales) que «se acojan a cláusulas de salvaguardia previstas en actos vinculantes de la Unión» [art. 7.1 c) de la Directiva y Disposición adicional única, apartado 1 c) del Real Decreto], que es un calificativo reservado a supuestos de armonización completa (como el del art. 114.10 TFUE). *Vid.*, al respecto, entre otras, la sentencia del Tribunal de Justicia de 8 de octubre de 2020, *Union des industries de la protection des plantes*, as. C 514/19 (ap. 44 y ss.).

(96) Así, por eje., en el Informe de la Comisión sobre el funcionamiento de la Directiva (UE) 2015/1535 de 2014 a 2015 [COM(2017) 788 final/2, de 19.12.2017, p. 3].

(97) Lógicamente, a través del Estado en el caso de las Comunidades Autónomas (art. 5 del Real Decreto).

(98) Art. 6 de la Directiva y 8 del Real Decreto 1337/1999.

negarse a aplicar un reglamento técnico nacional que no haya sido notificado con arreglo a la Directiva» (99).

Así podría ocurrir, pues, con la legislación navarra, al menos en lo que excede de la legislación básica (100), esto es, en relación con la prohibición de entrega de bolsas gruesas no compostables, si algún comercio, por ejemplo, fuera sancionado por entregar bolsas gruesas de otra naturaleza (101).

5. Balance

A tenor de todo lo anterior, cabe concluir que las restricciones a la comercialización de bolsas de plástico «ligeras» que contienen en los mismos términos la legislación básica y la navarra, a saber, en el sentido de no permitir la entrega sino de bolsas compostables, resultan conformes con el Derecho comunitario, a reserva sólo de la valoración de su proporcionalidad, que hasta el momento no parece haber sido puesta en duda por la Comisión europea, y que, a primera vista y en términos de coherencia, parece plenamente acreditada en el caso navarro, aunque tal vez un poco menos en relación con la legislación básica (102). El vicio formal relativo a la posible falta de notificación previa de esta medida en el caso navarro podría quedar disculpado y resultar intrascendente por su coincidencia con la legislación básica (103).

Más discutible es la conformidad con el Derecho comunitario de las restricciones a la comercialización de bolsas de plástico «gruesas» impuestas por

(99) Entre otras, sentencia del Tribunal de Justicia de 30 de abril de 1996, *CIA Security International*, As. C-194/94 (ap. 48 y 55). *Vid.*, también, para más detalles, el Informe citado, p. 20.

(100) A la que al parecer la Comisión no opuso reparo alguno. Así se señala en el Dictamen del Consejo de Estado, ya citado, sobre el proyecto de Real Decreto: «si bien la Comisión formuló observaciones mediante escritos (...) en los que solicitaba aclaraciones sobre determinados extremos del texto proyectado, estas fueron contestadas por el departamento consultante (...), sin que conste que la Comisión hubiere formulado posteriormente reparo u objeción alguna».

(101) Y ello con independencia de que no constituya una «medida de efecto equivalente» por reunir las condiciones de justificación ya conocidas, pues tales condiciones «[no] constituyen un criterio previsto por la Directiva 83/189 [hoy, la Directiva (UE) 2015/1535] para delimitar su ámbito de aplicación, especialmente porque dichas consideraciones son ajenas al concepto de reglamento técnico» [sentencia de 21 de abril de 2005, *Lindberg*, As. C-267/03 (ap. 52)].

(102) Nos hemos abstenido de valorar la legislación balear, que en este punto contiene restricciones superiores, al prohibir la entrega de toda clase de bolsas ligeras, salvo las muy ligeras compostables [al igual que la legislación alemana (Ley de 27 de enero de 2021), aunque esta no exige que las muy ligeras sean compostables], al no contener el Preámbulo de la Ley 8/2019 ninguna explicación del porqué de ese superior alcance.

(103) Disculpa que obviamente no valdría para la Ley balear para aquello en lo que difiere de la legislación básica.

ambas legislaciones. El problema aquí no es tanto de justificación (proporcionalidad) como previo, en el sentido de que no está claro que para este tipo de bolsas exista una excepción a la armonización completa de los requisitos de comercialización de envases que las permita. A ello habría que sumar en el caso navarro el posible vicio formal de falta de notificación previa, no disculpable en este caso por sus diferencias con la legislación básica.

IV. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA DESDE LA ÓPTICA CONSTITUCIONAL

1. La STC 100/2020: planteamiento y desenlace del caso

En relación con el Derecho comunitario, hemos examinado el problema bajo un prisma fundamentalmente sustantivo (además de procedimental), aunque obviamente ello ha sido así porque, por un lado, no parece estar en discusión la competencia armonizadora de la Unión Europea en la materia (104), y, por otro, porque la armonización llevada a cabo en este caso tenía (al menos para las bolsas de plástico ligeras) un carácter incompleto, con expreso reconocimiento de posibles disparidades nacionales, a expensas de su justificación.

Por el contrario, el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el presidente del Gobierno frente a determinados apartados del art. 23 de la Ley Foral 14/2018, de 18 de junio, de Residuos y su Fiscalidad, que dio lugar a la STC 100/2020, de 22 de julio, se planteó, como sabemos, en términos bien distintos, como un problema de naturaleza estrictamente competencial.

Y, en realidad, había una sola cuestión a debate o, al menos, una sola con carácter principal. Nadie discutía (no lo hacía el abogado del Estado en representación del presidente del Gobierno) la competencia de la Comunidad Foral de Navarra, como la de cualquier otra Comunidad Autónoma, para establecer restricciones a la comercialización de bolsas de plástico en su territorio en ausencia de una legislación básica, al amparo de sus competencias de desarrollo legislativo y para dictar normas adicionales de protección en

(104) Tampoco la competencia de la Unión Europea para la armonización de legislaciones de los Estados miembros para el establecimiento y el funcionamiento del mercado interior (hoy, art. 114 TFUE) es ilimitada ni está exenta de control judicial, pues como todas es una «competencia de atribución», pero en general la jurisprudencia del Tribunal de Justicia la interpreta de forma amplia, especialmente para la eliminación o incluso prevención del surgimiento de obstáculos comerciales. *Vid.*, al respecto, las sentencias de 5 de octubre de 2000, Alemania/Parlamento y Consejo, as. C-376/98 y de 12 de diciembre de 2006, Alemania/Parlamento y Consejo, as. C-380/03 (ap. 36 a 39), sobre las Directivas en materia de publicidad y patrocinio de los productos del tabaco. Un amplio comentario de estas sentencias en P.A. DE MIGUEL ASENSIO (2007).

materia ambiental (105). Y tampoco nadie discutía (no lo hacían las defensas de la Ley Foral por parte del Gobierno y del Parlamento navarros) la competencia del Estado para establecer una regulación como la contenida en el Real Decreto 293/2018 en calidad de legislación básica en materia de protección del medio ambiente (lo que ya de por sí, no hay olvidarlo, supone un grado no desdeñable de «armonización»), pero susceptible de mejora por las Comunidades Autónomas, al amparo precisamente de las reglas de reparto competencial en esta materia; como tampoco discutían en realidad las defensas el carácter formal y materialmente básico del Real Decreto como legislación ambiental, aunque la sentencia lo examinará en aras de la exhaustividad de su pronunciamiento (106).

Lo único que se discutía, pues, era si, como afirmaba el abogado del Estado era lo pretendido por el Real Decreto al invocar en su Disposición final primera un fundamento competencial doble (107), el legislador estatal podía establecer en esta materia una regulación, no ya de mínimos, sino «uniforme», al amparo de otra competencia también básica, pero diferente, como es la relativa a la ordenación o dirección general de la actividad económica, como garantía «dinámica» de la unidad de mercado (valiéndose de la terminología utilizada por la STC 79/2017 (108)), por las distorsiones a la competencia en el sector de la distribución y los obstáculos al comercio interautonómico que podría causar la diversidad de regulaciones (109); a lo que se oponían las defensas en base a una interpretación restrictiva del alcance de ese título

(105) Antecedente 1 de la STC 100/2020.

(106) Antecedentes 4 y 5, y FJ 4 de la STC 100/2020. En realidad, lo que planteaba el recurso era un supuesto de inconstitucionalidad mediata o indirecta (de la Ley Foral) por contradicción efectiva e insalvable con la legislación básica (Real Decreto 293/2018), y la sentencia [FJ 3 A]) asume formalmente este planteamiento, pero resolviendo lógicamente antes el «encuadramiento» competencial de la controversia, dado el distinto alcance, aunque ambos básicos, de los dos títulos estatales en disputa (art. 149.1.13 y 23 CE), pues si la balanza se inclinaba, como así fue, en favor del art. 149.1.23, aunque siguiera siendo necesario (y así lo hará la sentencia) examinar el carácter formal y materialmente básico del Real Decreto, ya no cabría hablar de «contradicción», sino de superación legítima de los estándares de protección ofrecidos por la legislación básica, que es lo que finalmente concluirá.

(107) Disposición final primera (títulos competenciales): «Este real decreto tiene carácter básico y se dicta al amparo de lo dispuesto en el artículo 149.1, reglas 13.º y 23.º, de la Constitución, que atribuyen al Estado la competencia exclusiva en materia de bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica y en materia de legislación básica sobre protección del medio ambiente, respectivamente».

(108) La STC 79/2017, de 22 de junio, a la que luego haremos una referencia más amplia, es primera de la serie de Sentencias relativas a Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, la dictada en el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Parlamento de Cataluña.

(109) Antecedente 1, apartados c) y d) de la STC 100/2020.

competencial, así como poniendo en cuestión que dicha disparidad pudiera provocar ningún tipo de distorsiones ni representar peligro alguno para la unidad de mercado (110).

La resolución de este único problema competencial encerraba, como puede verse, cuestiones de naturaleza tanto fáctica como jurídica, aunque entrelazadas entre sí. La cuestión principal, y la que tiene una relevancia general que trasciende al asunto, era por supuesto la de naturaleza jurídica, esto es, la relativa al alcance que cabe otorgar a la competencia estatal ex art. 149.1.13 CE en la resolución de problemas relativos a la unidad de mercado, y en la que la sentencia fija un estándar que, en mi opinión, cabe calificar como nuevo, el de la «distorsión sustancial» del mercado, que analizaremos tanto desde la perspectiva de su coherencia con la doctrina constitucional anterior como en lo relativo a su operatividad práctica para resolver los obstáculos técnicos a los intercambios comerciales dentro del mercado español.

Pero la segunda, la de naturaleza más bien fáctica (o al menos de interpretación de normas pertenecientes a la legalidad ordinaria, no de títulos competenciales), consistía en la apreciación tanto de la «verdadera» finalidad del Real Decreto como de las posibles distorsiones y obstáculos derivados en un caso como el presente de la disparidad normativa.

Como veremos, la sentencia, en base a su apreciación de estos elementos «fácticos», llega a la conclusión de que no ha quedado acreditada la existencia de una «distorsión sustancial», por lo que no considera justificado el recurso al art. 149.1.13 CE. A resultas de ello, las cosas vuelven a su punto de partida: el Real Decreto sólo vale como legislación ambiental y, por lo tanto (una vez confirmado su carácter formal y materialmente básico en esa condición), no puede oponerse a medidas de mayor protección como las contenidas en el art. 23 de la Ley Foral, cuya constitucionalidad se confirma, desestimándose el recurso (111).

Con ello concluye la sentencia su tratamiento del problema. Ningún examen lleva a cabo, una vez afirmada la competencia autonómica, de las condiciones sustantivas de justificación exigidas en el plano comunitario europeo, y que entre nosotros podrían derivarse del art. 139.2 CE o (sin salir del ámbito competencial) de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado (112). Con el fin de resaltar su importancia, también las examinaremos, no obstante, nosotros.

(110) Antecedentes 4, apartado e), y 5, apartado e) de la STC 100/2020.

(111) STC 100/2020 (FJ 4).

(112) Este planteamiento del asunto sí fue hecho, a título cautelar o subsidiario, por el representante del Parlamento de Navarra [antecedente 5, apartado e) de la STC 100/2020].

2. El problema competencial

A) El nuevo estándar de la «distorsión sustancial» del mercado

Como hemos indicado, el problema crucial que planteaba el asunto (en la forma como quedó delimitado) era si el Estado podía hacer uso del art. 149.1.13 CE para imponer una regulación uniforme de las medidas de reducción del consumo de bolsas de plástico con fines de garantía de la unidad de mercado (de este producto y del sector de la distribución comercial). El abogado del Estado así lo defendía, invocando el papel reconocido por la STC 79/2017 a ese título competencial como garantía «dinámica» de la unidad de mercado; y las defensas de la Ley Foral se oponían a ello, en base a la interpretación restrictiva que, según jurisprudencia constitucional reiterada, ha de hacerse siempre de los títulos competenciales del Estado de carácter «horizontal» como aquel.

Se mezclaban, en mi opinión, en estos argumentos a favor y en contra, consideraciones relativas a cada uno de los dos distintos papeles reconocidos por la jurisprudencia constitucional al art. 149.1.13 CE. Por un lado, el papel más clásico como título que permite al Estado establecer las líneas maestras de la ordenación de sectores económicos concretos, incluso atribuidos en principio por los Estatutos de Autonomía a la competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas, que es el ámbito en el cual la jurisprudencia constitucional ha defendido siempre una interpretación restrictiva de su alcance (113). Y, por otro lado, su papel menos habitual, pero tampoco desconocido, como instrumento de garantía de la unidad de mercado, que había sido precisamente resaltado por la reciente STC 79/2017, al incluirlo dentro de las garantías «dinámicas» de la unidad de mercado, por contraposición a las garantías «estructurales» derivadas de ciertos preceptos constitucionales sustantivos y de otros títulos competenciales (114). No hace falta profundizar ahora en esta distinción, sobre la que volveremos después, que sacó a relucir el abogado del Estado, pero que la sentencia propiamente no utiliza.

Lo que sí es cierto es que la sentencia reconoce implícitamente ese doble papel o función del título relativo a la dirección general de la economía, y postula una interpretación restrictiva de su alcance en ambos cometidos. Su

(113) Papel reconocido a partir de la STC 29/1986, de 20 de febrero, sobre reconversión industrial (FJ 4), con una muy buena síntesis también temprana de su fundamento y significado en la STC 152/1988, de 20 de julio, sobre vivienda (FJ 2).

(114) STC 79/2017 (FJ 2). Aunque la STC 79/2017 cita otras, en realidad, antes de ella, el art. 149.1.13 CE había desempeñado un papel relevante como garante de la unidad de mercado fundamentalmente como respaldo de ciertas competencias ejecutivas reservadas al Estado por las leyes de defensa de la competencia (SSTC 208/1999, de 11 de noviembre, FJ 6; y STC 108/2014, de 26 de junio, FJ 5)).

doctrina sobre las potencialidades del art. 149.1.13 CE, de cara a la resolución del caso, se resume en el párrafo siguiente del FJ 3 D), que fija las condiciones para que una medida pueda ampararse en el art. 149.1.13 CE: (1) que tenga una «incidencia directa y significativa en la economía» o (2) que sea «necesaria para garantizar el mercado único», en el sentido de que vaya dirigida a corregir una «distorsión sustancial» en el funcionamiento del mercado:

«Esta jurisprudencia [se refiere a la relativa al art. 149.1.13 CE, previamente sintetizada] comporta que el Estado solo puede ampararse en el art. 149.1.13 CE para establecer medidas de carácter económico que afecten a las competencias autonómicas cuando estas medidas tengan una *incidencia directa y significativa en la economía o sean necesarias para garantizar el mercado único*. En este último caso, para que estas medidas puedan estar justificadas será preciso que la actividad regulatoria ejercida por las comunidades autónomas en el ejercicio de sus competencias tenga entidad suficiente para ocasionar una *distorsión sustancial en el funcionamiento del mercado*» [FJ 3 D)] (las cursivas son nuestras) (115).

El primer supuesto, el de la «incidencia directa y significativa [de la medida] en la economía», es el habitual en la jurisprudencia constitucional a la hora de valorar, con carácter restrictivo, las potencialidades del art. 149.1.13 CE en el primero de los papeles señalados, es decir, como título hábil para sentar las directrices de ordenación de sectores económicos concretos (116).

El segundo, en cambio, el de la corrección de «distorsiones sustanciales» en el funcionamiento del mercado, es imposible rastrearlo en su literalidad o en formulaciones de similar tenor en la jurisprudencia anterior, y representa en realidad, en mi opinión, como ya se ha dicho, un estándar nuevo para la medición de las posibles virtualidades del art. 149.1.13 CE como instrumento de garantía de la unidad de mercado, lo que no quiere decir necesariamente más restrictivo que el o los utilizados con anterioridad, sino simplemente distinto.

En un apartado posterior valoraremos precisamente si este nuevo estándar supone una restricción o más bien una ampliación de las potencialidades del

(115) Y continúa diciendo: «El legislador estatal, por tanto, en virtud de las competencias que le atribuye el art. 149.1.13 CE no puede corregir distorsiones mínimas o no sustanciales del mercado que puedan producirse como consecuencia de la actividad regulatoria autonómica ni imponer a las comunidades autónomas medidas económicas que afecten el ejercicio de sus competencias si estas medidas no tienen, por sí mismas o agregadas a otras que puedan adoptar el resto de comunidades autónomas, una incidencia relevante en la actividad económica general (...) En el caso que enjuiciamos no existen suficientes elementos para que el tribunal pueda apreciar que las medidas controvertidas tienen una incidencia directa y significativa sobre la actividad económica general ni tampoco se advierte que tengan entidad suficiente como para ocasionar una distorsión sustancial en el funcionamiento del mercado».

(116) *Vid.*, entre otras, las SSTC 125/1984, de 20 de diciembre, turismo (FJ 1); 76/1991, de 11 de abril, semillas y plantas de vivero (FJ 4); 36/2012, de 15 de marzo, asistencia social (FJ 4); y 112/2013, de 9 de mayo, vivienda (FJ 5).

art. 149.1.13 CE. Pero antes, y como la fijación de este nuevo estándar (que semeja ciertamente, mediante la introducción de un criterio cuantitativo o de magnitud, al empleado por la jurisprudencia para el primero de sus cometidos) podría venir condicionada por la percepción que la sentencia parece tener del problema planteado (más como una intervención en uno de esos sectores económicos concretos, el de la distribución comercial, que como un obstáculo a libre circulación de mercancías), conviene que nos detengamos mínimamente en esas cuestiones «fácticas» condicionantes, desde luego, del sentido del fallo, pero también en alguna medida de la propia respuesta a la cuestión «jurídica».

B) Cuestiones «fácticas»

Cuando la resolución de la controversia depende de la elección entre dos o más títulos o materias competenciales (encuadramiento competencial (117)), como ocurría en este caso, para efectuar esa elección (o la del título «prevalente», como dice la sentencia (118)) y según jurisprudencia constitucional reiterada (que se recuerda), hay que atender tanto al sentido o finalidad de los preceptos legales o reglamentarios (interpretación de la legalidad ordinaria) como al sentido o finalidad de los títulos competenciales en disputa (interpretación de preceptos constitucionales y estatutarios) (119).

Aunque se trata de dos operaciones relacionadas entre sí, hay ocasiones en las que la clave del asunto (lo que plantea más dificultades) reside en la interpretación de la legalidad ordinaria (120), y otras en las que la cuestión crucial, por tratarse de una cuestión todavía no suficientemente esclarecida, consiste en la determinación del alcance de alguno de los títulos en disputa.

La sentencia, que sigue a este respecto un planteamiento ortodoxo, procurando pronunciarse sobre ambas cuestiones (121), admite, sin embargo, en cuanto a la disyuntiva planteada, distintas lecturas. En una primera lectura, parecería que no pretende aportar nada nuevo en cuanto a la interpretación del art. 149.1.13 CE, y que su preocupación fundamental consiste en deter-

(117) STC 100/2020 [FJ 3. Encuadramiento competencial].

(118) STC 100/2020 [FJ 3 D] Determinación del título competencial prevalente].

(119) STC 100/2020 [FJ 3 A] Consideraciones preliminares]. En parecidos términos, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE cuando ha de decidir sobre la «base jurídica» adecuada de una disposición comunitaria [así, por eje., la Sentencia de 11 de junio de 1991, Comisión/Consejo (dióxido de titanio), as. C-300/89, ap. 10].

(120) Es decir, en la ubicación de los preceptos enjuiciados en una u otra materia competencial, porque el alcance de los títulos en conflicto está bien definido y no ofrece duda. Así, por eje., en el famoso caso de la STC 56/1989, de 16 de marzo (pesca del coral).

(121) STC 100/2020 [FJ 3 B] Ámbito material de los títulos competenciales y estatutarios invocados por las partes; y FJ 3 C] Objeto y finalidad de las disposiciones en conflicto].

minar (obviamente, en base a datos objetivos no a simples alegaciones (122)) la «verdadera» finalidad del Real Decreto (123). En otra lectura, en mi opinión más correcta y de la que hemos partido aquí, la sentencia sí aporta un elemento nuevo en la interpretación del art. 149.1.13 CE y su proyección a este tipo de casos, el que hemos denominado, siguiendo el lenguaje de la propia sentencia, el parámetro de la «distorsión sustancial» del mercado (124).

Lo más importante de la sentencia, lo que tiene más relevancia de cara al futuro, aunque sí la tuviera obviamente para la decisión del caso, no es, pues, la interpretación que lleva a cabo del Real Decreto y demás elementos de juicio disponibles, sino la fijación de ese nuevo estándar. Pero, con esta advertencia, merece la pena poner de manifiesto que la sentencia contiene a este respecto algunas apreciaciones no indiscutibles, que, brevemente expuestas, serían las siguientes:

(1) En primer lugar, y para persuadir de que la finalidad primordial del Real Decreto sería ambiental, la sentencia destaca (como hacían las defensas de la Ley Foral) que el propio Real Decreto se presenta como desarrollo de una Ley (la Ley de residuos 22/2011) aprobada bajo el solo paraguas competencial del art. 149.1.23 CE (125). Omite, sin embargo, que (como sugería el abogado del Estado) el Real Decreto podría fácilmente entroncar también con la Ley 11/1997, de envases y residuos de envases (degradada a rango reglamentario por aquella), que invocaba también un doble fundamento competencial, en correspondencia, como sabemos, con el de la Directiva de la que traía causa (126).

(2) En segundo lugar, lleva razón la sentencia al afirmar que los fines de garantía de la unidad de mercado no aparecen reflejados en la Exposición de Motivos del Real Decreto, pero acompaña esta afirmación de una lectura incompleta de la Memoria del análisis de impacto normativo de esta

(122) Así también en la jurisprudencia comunitaria [por eje., sentencia de 11 de junio de 1991, Comisión/Consejo (dióxido de titanio), as. C-300/89, apartado 10].

(123) Hay indicios de ello en su forma de plantear la conclusión: «En consecuencia, como las medidas establecidas en las normas en conflicto tienen como finalidad primordial la protección del medio de ambiente —así se deduce del análisis de esta normativa, como se ha expuesto— han de encuadrarse dentro de esta materia...» [FJ 3 D] *in fine*.

(124) Que es el que le permite a la postre abstenerse de dar una calificación concluyente del Real Decreto, porque cualesquiera que fueran sus propósitos, el problema para la unidad de mercado, a la vista de los elementos de juicio disponibles, no alcanzaría la entidad necesaria para justificar, con base en el art. 149.1.13, una labor uniformadora. Así, expresamente, en diversos momentos [por eje.: «No puede, pues, descartarse que las normas enjuiciadas puedan tener una incidencia en la actividad económica...», FJ 3 D].

(125) Exposición de Motivos (apartado V) y Disposición adicional segunda del Real Decreto. STC 100/2020, FJ 3 C) b).

(126) Antecedente 1, apartado d) de la sentencia.

disposición, de la que limita a recoger una frase ciertamente poco expresiva, omitiendo sin embargo toda referencia a las que, inmediatamente a continuación, tenían un contenido mucho más explícito y, en lo que aquí más importa, hacían referencia expresa no sólo a eventuales problemas para el sector de la distribución, sino también y muy claramente a la garantía de la libre circulación de mercancías (127).

(3) Por fin, y como ya hemos dicho, la sentencia no parece nunca enfocar el problema en los simples términos en que se plantea en el ámbito comunitario europeo (128), es decir, en el sentido de que la regulación navarra fuera a provocar un «obstáculo técnico» a los intercambios comerciales, al impedir la comercialización en esa Comunidad Foral de un tipo de bolsas de plástico (las hechas con plástico reciclable en al menos un 50%) legalmente comercializadas en otras partes de España (129).

(127) STC 100/2020, FJ 3 D: «Tampoco [en la Memoria] se pone de manifiesto que estas medidas sean necesarias para evitar alteraciones sustanciales del funcionamiento del mercado (...). Respecto de la “garantía de la unidad de mercado” afirma simplemente que “[e]l real decreto es plenamente respetuoso con el principio de garantía de la unidad de mercado, que regula la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado”». Lo bien cierto es que, a continuación de esa frase, la Memoria ya citada (p. 26), añadía otras consideraciones mucho más precisas sobre las pretensiones y problemas a resolver por el Real Decreto: «En este sentido, tal y como establece su artículo 2, quedan dentro del ámbito de aplicación de este real decreto, todas las bolsas de plástico puestas en el mercado en el territorio del Estado, así como los residuos generados por dichas bolsas, *sin hacer distinciones por razón del territorio o la Comunidad Autónoma en la que se comercialicen*. Por otra parte, la creación del registro de fabricantes de bolsas de plástico (...), *único para todo el territorio nacional* (...) implicará que los fabricantes de dichas bolsas solamente suministran información a una única administración (...). *Por lo tanto, se puede concluir que el real decreto se fundamenta en la necesidad de mantener la unidad de mercado dentro de la estricta observancia de las normas sobre protección del medio ambiente, y de respetar el principio de la libre circulación de mercancías*» (las cursivas son nuestras).

(128) Ciertamente, en las alegaciones del abogado del Estado los problemas para la libre circulación de mercancías aparecían siempre combinados con supuestas «distorsiones» (a la competencia) en los sectores de la fabricación de bolsas de plástico y de la distribución comercial [«evitar la generación de distorsiones, tanto en el propio mercado de los productores de bolsas como en el funcionamiento y la capacidad de suministro de las empresas de distribución (...) eliminar los obstáculos al comercio interautonómico y (...) evitar las distorsiones de la competencia», antecedente 1 d)]. En consecuencia, la representación del Parlamento de Navarra [antecedente 5 e)] también se fijaba principalmente en esas supuestas «distorsiones» (a la competencia) para calificarlas como «meras aseveraciones carentes de todo respaldo documental o económico» y negar en todo caso su existencia [«en el tiempo transcurrido desde la entrada en vigor de la Ley Foral (...) no se han advertido distorsiones en el mercado de productores de bolsas de plástico, ni problemas de desabastecimiento de bolsas de plástico compostable entre las empresas de distribución, ni en suma, obstáculo alguno a la libre circulación de los bienes»].

(129) En efecto, la Sentencia parece pensar más en posibles «distorsiones» (a la competencia) en los sectores de la fabricación de bolsas de plástico y de la distribución comercial

Pero de ello no cabe concluir que lo ignore ni lo desprecie, en el sentido de considerar que no constituye realmente un problema (no hay en la sentencia indicios suficientes para pensarlo), ni, por lo tanto, que el nuevo estándar no vaya a resultar aplicable en el futuro para la resolución de este tipo de casos, lo que remite ya directamente a la valoración de su novedad y oportunidad.

C) La distinción entre garantías «estructurales» y «dinámicas» de la unidad de mercado

La distinción entre garantías (constitucionales) estructurales y dinámicas de la unidad de mercado, introducida, con esas denominaciones, en la jurisprudencia constitucional por la STC 79/2017, no desempeña en la STC 100/2020 un papel relevante para la resolución del caso, y de hecho la sentencia no emplea esas expresiones en su fundamentación, sin perjuicio de reconocer la doctrina subyacente, esto es, la aptitud del art. 149.1.13 CE al servicio de la garantía de la unidad de mercado (130). No obstante, por esa asunción de la doctrina subyacente, así como por su interés para resolver de las cuestiones que hemos calificado como no abordadas o pendientes de la sentencia, conviene hacer un breve excursus sobre los orígenes de esta distinción y su significado en la jurisprudencia constitucional.

a) El origen de la distinción: la tesis del profesor Albertí

La distinción entre garantías «estructurales» y «dinámicas», con estas expresiones, fue introducida a principios de los noventa por el profesor Enoch ALBERTÍ, en un trabajo cuyo propósito era reaccionar frente a la tendencia, perceptible entonces en cierta jurisprudencia constitucional, a utilizar el art. 139.2 CE como criterio interpretativo de algunas reglas de reparto competencial,

que en obstáculos a la libre circulación de mercancías (a los que no se hace referencia con estas palabras). STC 100/2020 [FJ 3 D]): «Asimismo, como alega el abogado del Estado, la restricción del uso de las bolsas de plástico afecta también al sector económico de la distribución comercial y, por este motivo, este tipo de medidas es susceptible de incidir en el funcionamiento del mercado (...). El tribunal acepta que las medidas sobre reducción del consumo de bolsas de plástico (...) tienen incidencia en la actividad económica, pues no solo afectan al mercado de las bolsas de plástico, sino que también inciden en la distribución comercial (...). Por último, tampoco la demanda evidencia que las disposiciones en cuestión tengan una incidencia significativa sobre la actividad económica general, ni, en particular, sobre el sector de la distribución comercial, ni que la adopción de estas medidas sea necesaria para evitar distorsiones de la competencia o un menoscabo de la unidad de mercado».

(130) Como ya se ha señalado, quien introdujo esta referencia fue el abogado del Estado [antecedente 1 c) de la sentencia] para justificar la invocación por el Real Decreto 293/2018 del art. 149.1.13 CE, que había sido catalogado por la STC 79/2017 como una de las garantías «dinámicas» de la unidad de mercado.

con la consecuencia de atraer hacia el Estado, en garantía de la unidad de mercado, ciertas competencias que de no ser por ello quedarían en manos de las Comunidades Autónomas, de manera, pues, a su juicio, indebida (131).

Enoch ALBERTÍ refería entonces la distinción entre garantías «estructurales» y «dinámicas» no exclusivamente a la «unidad de mercado», sino a lo que ya desde fechas tempranas la jurisprudencia constitucional había denominado principio de «unidad económica» o de «unicidad del orden económico» nacional, implícito en la Constitución como derivación de la unidad política (132), y compuesto por dos tipos de exigencias, también recogidas ya en la jurisprudencia constitucional, pero generalmente formuladas por separado, como son, por un lado, la «dirección unitaria de la política económica» y, por otro, la «unidad de mercado», entendida esta última, a su vez, no sólo como libre circulación (de personas, mercancías y capitales), sino también como igualdad en las condiciones básicas de ejercicio de las actividades económicas (133).

Su tesis era que la cláusula de libre circulación del art. 139.2 CE (134) no es un componente fundamental de nuestra «Constitución económica», a diferencia de lo que ocurre con preceptos equivalentes de otros sistemas (por ejemplo, el relativo a las medidas de efecto equivalente del Tratado de la Comunidad Europea, hoy TFUE) que parten de una realidad diferente, de una unidad de mercado todavía por construir (135). Y no lo es porque entre nosotros la «unidad económica» cuenta con un conjunto más amplio e importante de

(131) E. ALBERTÍ (1993: 221 y ss.; y 1995: 257 y ss.). En otros trabajos posteriores, el autor mantiene el mismo planteamiento (2012: 77 y ss.; y 2018: 1008 y ss.).

(132) Fue la STC 1/1982, de 28 de enero (coeficiente de fondos públicos de las Cajas de Ahorros, FJ 1) la que sentó y fundamentó este principio (aunque ya se había aludido a él en la STC 37/1981, de 16 de noviembre, centros de contratación de cargas) como una consecuencia en el ámbito económico del principio de unidad política (art. 2 CE), que se infiere y proyecta en una serie de preceptos que la Constitución dedica a los temas económicos y que conforman la llamada «Constitución económica». A partir de ella, la referencia a este principio va a ser continua con distintos nombres: «unidad económica» (entre otras, SSTC 1/1982, 71/1982 y 29/1986) o «unidad (o unicidad) del orden económico» (entre otras, SSTC 1/1982, 96/1984 y 64/1990).

(133) A la dirección unitaria de la política económica, que sirve de fundamento para la interpretación del art. 149.1.13 CE como facultad para marcar las líneas directrices de ordenación de sectores económicos concretos, hacen referencia, entre otras, las SSTC 29/1986, de 20 de febrero (FJ 4) y 186/1988, de 17 de octubre (FJ 2). A la unidad de mercado, en el doble sentido de libertad de circulación de personas, mercancías, servicios y capitales e igualdad de las condiciones básicas de ejercicio de la actividad económica, las SSTC 88/1986, de 1 de julio (FJ 6) y 64/1990, de 5 de abril (FJ 3).

(134) «Ninguna autoridad podrá adoptar medidas que directa o indirectamente obstaculicen la libertad de circulación y establecimiento de las personas y la libre circulación de bienes en todo el territorio español» (art. 139.2 CE).

(135) E. ALBERTÍ (1995: 254 y ss.).

garantías que él sistematizaba de esta manera, distinguiendo entre garantías «estructurales» y «dinámicas».

Garantías «estructurales» serían las que establecen un marco común para la intervención pública en la actividad económica, de obligado respeto por todos los poderes públicos, estatales y autonómicos, y entre las que se cuentan las normas constitucionales que establecen los fines que deben perseguir los poderes públicos en su intervención en la economía, los instrumentos de que pueden valerse para ello y los derechos fundamentales que deben respetar en esas intervenciones (136). Y garantías «dinámicas», en su planteamiento, serían las relativas al reparto de competencias entre Estado y Comunidades Autónomas en temas económicos, que, conforme a su interpretación por la jurisprudencia constitucional, que en este punto no cuestionaba, pondrían en manos del Estado los resortes suficientes para garantizar la «dirección unitaria de la política económica» (137).

Dentro de este conjunto, la cláusula del art. 139.2 CE jugaría un papel residual (y de problemática ubicación (138)), como simple garantía última de que las intervenciones autonómicas que hubieran superado todos los test anteriores no creen obstáculos indebidos a la libre circulación, por lo que no estaría justificado, a su juicio, atribuir a esa cláusula, como hacía la jurisprudencia constitucional criticada, un papel adicional en la interpretación de las reglas (constitucionales y estatutarias) de reparto competencial, en favor del Estado y en garantía de la unidad de mercado (139).

b) La distinción en la STC 79/2017

La STC 79/2017, de 22 de junio, en el contexto, como ya sabemos, del enjuiciamiento de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado (140), hace suya esa distinción, con esa terminología, pero refiriéndola esta vez de modo exclusivo a las garantías de la unidad de mercado, no de la unidad económica en sentido más amplio, y con un sentido tal vez al menos en parte diferente (141).

(136) E. ALBERTÍ (1995: 194).

(137) E. ALBERTÍ (1995: 194 y 195).

(138) Vuelve a insistir en ello en E. ALBERTÍ (2012: 84).

(139) E. ALBERTÍ (1995: 255; y 2018: 1011).

(140) La primera de la serie de sentencias sobre la Ley 20/2013, dictada en el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Parlamento de Cataluña.

(141) No vamos a profundizar aquí en estas cuestiones, que desbordan ampliamente el objeto de este trabajo. Baste decir que no resulta arriesgado reconducir la doctrina de la STC 79/2017 (y el sentido en el que hace suya esta distinción) a las tesis del profesor T. DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI (2008, *in totum*), para el que la «unidad de mercado» no es un principio garantizado *per se* por la Constitución («impuesto» por ella) a través del simple juego de ciertas

En esta versión, garantías «estructurales» (siempre constitucionales) de la unidad de mercado serían aquellas que reducen o eliminan por sí mismas la posible diversidad de las regulaciones autonómicas afectantes al acceso o ejercicio de actividades económicas (fuente potencial de conflicto con la unidad de mercado), y entre las que se contarían la sujeción de todos los poderes públicos al contenido esencial de derechos fundamentales (como la propiedad privada y la libertad de empresa), la atribución en exclusiva al Estado de la competencia en algunas materias (como legislación mercantil, laboral, hasta cierto punto civil y propiedad intelectual), así como ciertos principios constitucionales, entre los que se menciona expresamente la cláusula de libre circulación del art. 139.2 CE (142).

Y garantías «dinámicas», aquellas competencias horizontales a las que el Estado puede recurrir eventualmente en caso de insuficiencia de las anteriores para garantizar la unidad de mercado, a saber, concretamente dos: «la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales» (art. 149.1.1 CE), aquí en relación fundamentalmente con la propiedad privada y la libertad de empresa, y las «bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica» (art. 149.1.13 CE), es decir, la competencia para la dirección general de la actividad económica, cuyo papel en garantía de la unidad de mercado así se reafirma (143).

reglas sustantivas (como la del art. 139.2 CE) y de la atribución en exclusiva al Estado de ciertas competencias (las que llama «competencias materiales»), por la necesaria presencia de poderes legislativos autonómicos, pero sí un principio que el Estado puede «promover», en mayor o menor medida, a través del ejercicio de sus competencias «transversales» (art. 149.1.1 y 13 CE).

(142) STC 79/2017 (FJ 2): «Las primeras [las estructurales] se vincularían con el hecho de que todos los poderes públicos deban respetar en su actuación aquellas competencias y aquellos principios constitucionales que, al suponer un límite en sí a la diversidad regulatoria, preservan, en alguna medida, los rasgos propios del mercado nacional único». Se refiere a los mencionados con antelación en el mismo FJ 2: «(...) la unidad del mercado nacional se encuentra directamente promovida: a) a través de la reserva competencial al Estado de ámbitos materiales concretos de manera exclusiva y excluyente (entre otros los recogidos, por ejemplo, en los apartados 6, 7, 8 o 9 del artículo 149.1 CE); b) a través del respeto del contenido esencial de derechos fundamentales (...); c) y a través del establecimiento en la Constitución de una serie de principios que limitan y enmarcan la acción de todos los poderes públicos en el ejercicio de sus competencias (por ejemplo, aquellos principios recogidos en el artículo 139 CE)».

(143) STC 79/2017 (FJ 2): «Las segundas [las dinámicas] permitirían al Estado promover, en su caso, tal unidad —cuando las primeras “se demuestran insuficientes” para garantizarla (...) a través de la decisión de ejercer sus competencias transversales» [también antes mencionadas en el mismo FJ 2: «aquella unidad puede igualmente promoverse a través de un ejercicio efectivo por el Estado de aquellas competencias horizontales que nuestra norma fundamental le ha reconocido (por ejemplo en los apartados 1 y 13 del art. 149.1 CE)»]. «Entre estas últimas garantías se encuentra la competencia del Estado sobre las bases

Ahora bien, la STC 79/2017, al analizar la Ley de garantía de la unidad de mercado bajo el prisma de las garantías dinámicas, es decir, de la competencia estatal para la dirección general de la actividad económica (principal título reconocido por la sentencia como sostén de la ley), hubo de resolver cuestiones (conforme a las propias características generales de la ley, a una de las cuales nos referiremos después) de naturaleza bien diferente a la planteada en el caso que nos ocupa, es decir, a la posibilidad o no de imponer, en base a ese título, una regulación uniforme de los requisitos para la comercialización de un determinado producto, y no sienta a este respecto ningún criterio específico, ni mucho menos un criterio que condicione dicha intervención a la existencia de una «distorsión sustancial» del mercado, por lo que no cabe encontrar en ella un claro precedente de doctrina sentada en la STC 100/2020, quedando abierto, pues, el problema de la mayor o menor coherencia de esta doctrina con la empleada por el Tribunal en otros casos anteriores más afines, del que nos vamos a ocupar a continuación.

D) Coherencia con la doctrina constitucional anterior

Lógicamente, y en correspondencia con nuestro distinto punto de partida, nuestra Constitución no contiene una competencia estatal equivalente a la de la Unión Europea de armonización o aproximación de las legislaciones de los Estados miembros para «el establecimiento y el funcionamiento del mercado interior», sino (en cualquiera de las formulaciones que acabamos de ver) un conjunto de garantías de la unidad económica y, dentro de ella, de la unidad de mercado, que incluye como uno de sus componentes esenciales todo un abanico de competencias del Estado (estructurales, pero también dinámicas) que permiten salvaguardar la unidad de mercado (y asegurar la dirección unitaria de la política económica), dentro del necesario «equilibrio» con la diversidad propia de un Estado autonómico (144).

y coordinación de la planificación general de la actividad económica (art. 149.1.13 CE), competencia que de acuerdo con la doctrina de este Tribunal ampara, precisamente, todas aquellas normas y actuaciones, sea cual sea su naturaleza, orientadas a garantizar la “unidad de mercado” (...) o la “unidad económica” (...).

(144) La jurisprudencia constitucional también ha destacado siempre la necesidad de «equilibrio» entre los principios de unidad económica y de mercado y la capacidad de las Comunidades Autónomas para establecer sus propias políticas (su propia legislación) en las materias de su competencia, exigencia ineludible de la apuesta constitucional por un Estado autonómico. Así lo ha hecho tanto al interpretar el art. 149.1.13 en su proyección sobre sectores económicos concretos, que no puede llegar al punto de suponer un «vaciamiento» de las competencias autonómicas recogidas en los Estatutos (entre otras, SSTC 29/1986, de 20 de febrero, FJ 4, y 225/1993, de 8 de julio, FJ 3), como al resolver problemas de supuestas quiebras de la unidad de mercado, indicando que esta no exige una absoluta «uniformidad jurídica» (STC 88/1986, de 1 de julio, FJ 6, entre otras).

Los posibles conflictos entre la capacidad normativa autonómica en las materias de su competencia y las exigencias de la unidad de mercado son siempre, pues, en primer término, problemas de tipo competencial, que se han de resolver a la luz del examen de las reglas constitucionales y estatutarias de distribución de competencias. En el terreno de las barreras técnicas a los intercambios comerciales (en el que hemos situado desde el principio las restricciones a la comercialización de bolsas de plástico más intensas establecidas por la legislación navarra), el enfoque no puede ser distinto y ha de partir siempre de un análisis de las reglas de reparto competencial pertinentes por razón de la materia.

En este punto, lo primero que hay que advertir es que la Constitución atribuye al Estado competencia normativa exclusiva en no pocas materias relacionadas con algún tipo de productos (145). En todos estos casos, y aunque se trate de competencias que no se suelen incluir en los listados de «garantías estructurales» de la unidad de mercado, la exclusividad de la tarea legislativa le permite al Estado establecer, como un aspecto más de la misma, una regulación uniforme de los requisitos para la comercialización de esos productos por razones, por ejemplo, de protección de los consumidores o del medio ambiente, extremos éstos que quedan «integrados» dentro de la competencia principal, sin necesidad de enfatizar la necesidad de garantizar su libre circulación (146).

El problema surge cuando en la materia implicada el Estado no dispone de una competencia normativa exclusiva, sino simplemente básica o en principio no dispone de ninguna. Los casos de este tipo de que había conocido hasta la fecha el Tribunal Constitucional no son muy abundantes, pero además de la resolución de los mismos no cabe extraer una conclusión unívoca:

(a) Por un lado, en materia de reglamentaciones técnico-sanitarias, afirmó tempranamente la competencia estatal, descartando la posible existencia de regulaciones autonómicas, con fundamento en la competencia sobre las «bases y coordinación general de la sanidad (interior)» (art. 149.1.16 CE), pero con el refuerzo explícito de la necesidad de garantizar la libre circulación de mercancías en todo el territorio español (147).

(145) Así, entre otros apartados del art. 149.1 CE: «pesas y medidas» (12), «productos farmacéuticos» (16), «marina mercante» (20), «tráfico y circulación de vehículos a motor», «telecomunicaciones» (21) y «armas y explosivos» (26).

(146) Un buen ejemplo de ello, en la jurisprudencia constitucional (y aun mejor en la del Tribunal Supremo), cabe encontrarlo en materia de telecomunicaciones (art. 149.1.21 CE). STC 8/2012, de 18 de enero (FJ 6), y STS de 22 de marzo de 2011 (FJ 12).

(147) SSTC 71/1982, de 30 de noviembre, 32/1983, de 28 de abril, y 87/1985, de 16 de julio. Así, la STC 32/1983 (FJ 3: «Por lo demás, se justifica [la competencia estatal sobre las reglamentaciones técnico-sanitarias] por exigencias de la unidad de mercado y libre circulación de bienes (artículo 139.2 CE), pues de no existir esta competencia estatal,

(b) En cambio, y también en fechas tempranas, el Tribunal descartó que el Estado pudiera imponer una regulación uniforme de los requisitos para la comercialización de los materiales e instrumentos destinados al juego (máquinas recreativas y de azar y otros) con fundamento en el art. 149.1.1 CE («regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales»), en relación con la libertad de empresa (art. 38 CE), rechazando que la por entonces simplemente potencial (hoy real) diversidad de regulaciones autonómicas en este campo, al amparo de la competencia autonómica (en principio exclusiva) en materia de juego, supusiera en sí misma un obstáculo comercial (148), pero, eso sí, advirtiendo de que el ejercicio de la competencia autonómica habría de respetar las demás reglas y principios constitucionales y, entre ellos, implícitamente, el art. 139.2 CE (149).

En realidad, la jurisprudencia constitucional no había examinado todavía (hasta la STC 100/2020) la posible aptitud de la competencia sobre la dirección general de la economía (art. 149.1.13 CE) para imponer desde ella una regulación uniforme de los requisitos de comercialización de un determinado producto. Como ya anticipamos, el problema planteado y resuelto por la STC 79/2017, sobre la Ley de garantía de la unidad de mercado, era de naturaleza bien distinta, pues lo que, con supuesto fundamento en dicha competencia, había pretendido el Estado en esa ocasión era imponer con carácter general el «reconocimiento mutuo» por parte de las Comunidades Autónomas de toda clase de regulaciones (o incluso de la ausencia de las mismas) relativas a los requisitos de comercialización de cualquier clase de productos, lo que por variadas y muy buenas razones el Tribunal declaró inconstitucional (150). Jus-

cada Comunidad podría fijar con criterios diferentes los requisitos sanitarios de los productos, alimentos o servicios, de manera que ello causaría la fragmentación del mercado, ya que una Comunidad podría rechazar productos que en otras serían aceptados». Esta jurisprudencia fue justamente uno de los blancos de la crítica, ya mencionada, de E. ALBERTÍ.

(148) STC 52/1988, de 24 de marzo (FJ 4): «ni obstaculiza por sí misma al empresario para ejercer su actividad libremente, ni excluye su acceso al mercado en cualquier parte del territorio nacional, o fuera del mismo, aunque ello le obligue a una cierta diversificación de la producción».

(149) STC 52/1988, de 24 de marzo (FJ 4): «todo ello sin perjuicio de que la normativa reglamentaria [que apruebe el Ejecutivo catalán] deba ajustarse a los límites materiales y competenciales» que resulten de la Constitución y el Estatuto de Autonomía».

(150) Se trataba, entre otros, del art. 18.2, letra e) de la Ley 20/2013, que prohibía la aplicación de «especificaciones técnicas para la circulación legal de un producto (...) distintas a las establecidas en el lugar de fabricación». La STC 79/2017 (FFJJ 9 a 14) declara inconstitucional este precepto (y otros del mismo sentido en relación con otras libertades de circulación y establecimiento) por inexistencia de un principio de esta naturaleza con ese alcance en el ámbito comunitario europeo y vulneración del principio de territorialidad de las competencias autonómicas, fundamentalmente. Con anterioridad, la doctrina ya había sido

tamente, lo que la sentencia proponía como alternativa a ese reconocimiento mutuo indiscriminado era el establecimiento por la legislación estatal de una regulación uniforme, siempre y cuando el Estado dispusiera de competencia para ello, pero sin precisar el papel que en este contexto pudiera desempeñar la invocación del art. 149.1.13 CE (151).

El caso de las bolsas de plástico es, pues, el primero (salvo error u omisión) en el que el Tribunal analiza (con las cautelas ya indicadas acerca del tipo de «distorsiones» tenido principalmente en mente por la sentencia) el posible establecimiento de unos requisitos uniformes para la comercialización de ciertos productos, en garantía de su libre circulación, con apoyo en el art. 149.1.13 CE, razón por la cual el caso puede considerarse como novedoso, y también su desenlace, al establecer la sentencia, como venimos diciendo, un estándar original, el de la «distorsión sustancial» del mercado.

En comparación con la jurisprudencia constitucional anterior, de la STC 100/2020 podemos extraer, en mi opinión, dos lecciones de distinto signo:

(a) La primera, que la legislación básica en materia de protección del medio ambiente (art. 149.1.23 CE) no parece ser en principio y por sí sola (a diferencia, por ejemplo, de la competencia también básica en materia de sanidad interior) un título apto para imponer unos requisitos (ambientales) uniformes para la comercialización de ninguna clase de productos, posiblemente por su expresa apertura a la adopción de normas adicionales de protección (152).

(b) Pero la segunda es que la competencia ex art. 149.1.13 CE (a diferencia, por ejemplo, de la derivada del art. 149.1.1, en relación con el art. 38, ambos de la CE) sí lo puede ser si se cumple el estándar fijado por la sentencia.

Se trata ciertamente de un estándar indeterminado (distorsión «sustancial») y como tal de no sencilla aplicación; que recuerda al empleado por la jurisprudencia comunitaria («distorsión sensible») para juzgar la competencia

muy crítica con estas previsiones de la ley. Así, destacadamente, S. MUÑOZ MACHADO (2014), G. FERNÁNDEZ FARRERES (2014), J. TORNOS MAS (2014), M^o.J. ALONSO MAS (2014c) y M. REBOLLO PUIG (2015). Un amplio comentario posterior de la sentencia, en J. SOLA TEYSSIERE (2019: 29 y ss.).

(151) STC 79/2017: «El Estado, para promover la unidad de mercado, puede en ejercicio de sus competencias transversales crear un marco normativo unitario de aplicación a todo el territorio nacional» [FJ 12 b)]; pero «la Ley 20/2013 renuncia a fijar por sí misma unas normas armonizadas que aseguren la unidad de mercado en todo lo que se considere esencial, con el fin de evitar la aparición de obstáculos que puedan fragmentarlo (...) es una disposición concebida para ser aplicada a toda actividad económica y producto y no para un sector o subsector concreto de la actividad económica, ni para afrontar singularmente supuestos en los que se han identificado disfunciones y prácticas susceptibles de fragmentar el mercado nacional» [FJ 13 b)]; por eso «excede del alcance de la competencia reconocida al Estado en el artículo 149.1.13 CE» [FJ 13 c)].

(152) Tampoco lo pretendía el Real Decreto ni el abogado del Estado en la formulación del recurso, que invocaban adicionalmente el art. 149.1.13 CE.

de armonización de legislaciones cuando tiene por fin evitar «distorsiones a la competencia», no eliminar «obstáculos a la libre circulación de mercancías», para los que esa jurisprudencia no exige una determinada magnitud (153); pero que indudablemente, y a raíz de esta sentencia, habrá que tener en cuenta entre nosotros también en este tipo de casos (154).

En este último sentido, y en comparación con el caso de las máquinas de juego, en el que, en ausencia de un título competencial estatal concluyente (exclusivo o sanitario), el Tribunal consideró que los obstáculos técnicos a los intercambios comerciales fruto de la diversidad de regulaciones autonómicas en materias de su competencia constituyen, por así decirlo, un componente natural del Estado autonómico, irremediable a través del uso de títulos horizontales (en aquel caso, el art. 149.1.1, en relación con el art. 38, ambos de la CE) y sujeto sólo al cumplimiento de las garantías estructurales de nuestra Constitución económica (entre ellas, el art. 139.2), la doctrina establecida por la STC 100/2020 (el parámetro de la «distorsión sustancial») puede considerarse como una «ampliación» de las competencias estatales y, en este sentido, lejos de representar un fracaso, puede incluso interpretarse como un relativo éxito de las pretensiones planteadas en el recurso.

E) Valoración de oportunidad

La mayor parte de las regulaciones estatales que establecen requisitos para la comercialización de productos por razones de protección de la salud y seguridad de los consumidores, ambientales, etc., se aprueban a modo de

(153) *Vid.*, en este sentido, la sentencia de 5 de octubre de 2000, Alemania/Parlamento y Consejo, as. C-376/98 (patrocinio y publicidad de los productos del tabaco). Así, en relación con la libre circulación no fija ningún criterio cuantitativo (apartados 96 y ss.), que sí introduce cuando se trata de eliminar distorsiones a la competencia (apartados 106 y 107): «Al controlar la legalidad de una Directiva adoptada sobre la base del artículo 100 A del Tratado [hoy, art. 114 TFUE], el Tribunal de Justicia verifica si las *distorsiones de la competencia* que el acto pretende suprimir son *sensibles* (...). Si no existiese este requisito, la competencia del legislador comunitario prácticamente no tendría límites. En efecto, las regulaciones nacionales difieren a menudo en los requisitos para el ejercicio de las actividades que contemplan, lo que repercute directa o indirectamente en las condiciones de competencia de las empresas afectadas. En consecuencia, interpretar el artículo 100 A (...) en el sentido de que el legislador comunitario podría basarse en estos artículos para suprimir distorsiones de la competencia *mínimas* sería incompatible con el principio (...) según el cual las competencias de la Comunidad son competencias de atribución» (las cursivas son nuestras). *Vid.* al respecto, también, T. DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI (2008: 26 y ss.).

(154) ¿Qué pasaría si en lugar de una sola o dos comienza a haber cinco o diecisiete regulaciones distintas de los requisitos para la comercialización de bolsas de plástico? ¿Se cumpliría entonces el estándar? ¿Podría entonces el Estado imponer reactivamente una regulación uniforme?

transposición de Directivas que llevan a cabo una armonización (muchas veces completa) de esos requisitos justamente con el fin de evitar la aparición o el mantenimiento de obstáculos técnicos a la libre circulación. Aunque, como es sabido, por ser doctrina constitucional reiterada, la procedencia comunitaria de una normativa no prejuzga la instancia competente para su incorporación y aplicación (que se ha de decidir conforme a las reglas constitucionales y estatutarias de reparto competencial en la materia correspondiente), en la práctica resulta difícil imaginar que el Estado se abstenga de participar en la labor de transposición de Directivas de armonización, máxime tratándose de armonizaciones completas.

Cuando el Estado dispone de una competencia normativa exclusiva en el sector al que pertenecen los productos (telecomunicaciones, tráfico y circulación de vehículos a motor, marina mercante, etc.) o la regulación se puede adscribir por sus fines al campo de la sanidad (interior), lo que, conforme a la jurisprudencia constitucional le proporciona un margen equivalente, el Estado recurre a estos títulos competenciales (exclusivos o básicos en el caso de la sanidad) para proceder a la incorporación de esas Directivas, sin invocar adicionalmente la competencia sobre la dirección general de la actividad económica (art. 149.1.13 CE), pese a la evidente función de garantía de la libre circulación que tienen, además, estas regulaciones y que de forma natural queda integrada en aquellos títulos (155).

Pero cuando el Estado no tiene a mano ninguno de esos títulos, no renuncia por ello a la incorporación de esas Directivas, sino que la sigue llevando a cabo, recurriendo para ello como comodín precisamente al art. 149.1.13 CE, de manera solitaria o en combinación, si los requisitos de comercialización obedecen a razones ambientales, con la legislación básica en materia de protección del medio ambiente (156).

Esta manera de proceder, al margen de su ortodoxia, me parece difícilmente reprochable si de lo que se trata es de proceder a la incorporación de

(155) Sirvan a título de ejemplo: (1) el Real Decreto 98/2016, de 11 de marzo, por el que se regulan los requisitos de seguridad, técnicos y de comercialización de las motos náuticas, embarcaciones deportivas y sus componentes, cuya Disposición final segunda invoca el título relativo a marina mercante (art. 149.1.20 CE); y (2) los Reales Decretos 1801/2003, de 26 de diciembre, sobre seguridad general de los productos, y 1205/2011, de 26 de agosto, sobre la seguridad de los juguetes, cuyas respectivas Disposiciones finales primeras invocan las bases en materia de sanidad (art. 149.1.16 CE).

(156) Basten a título de ejemplo: (1) el Real Decreto 1644/2008, de 10 de octubre, por el que se establecen las normas para la comercialización y puesta en servicio de las máquinas, cuya Disposición final segunda se refiere exclusivamente al art. 149.1.13 CE; y (2) el Real Decreto 187/2011, de 18 de febrero, relativo al establecimiento de requisitos de diseño ecológico aplicables a los productos relacionados con la energía, cuya Disposición final primera combina los apartados 13 y 23 del art. 149.1 CE.

Directivas que llevan a cabo una armonización «completa» de los requisitos de comercialización, es decir, de Directivas que establecen una regulación uniforme a escala comunitaria y que, por ende, tampoco van a admitir divergencias autonómicas al alza. Para este tipo de casos (157) no creo que resulte necesario ni operativo exigir, a partir de ahora, que el Estado justifique el empleo del art. 149.1.13 CE en el cumplimiento del estándar de la «distorsión sustancial» derivado de la STC 100/2020.

El nuevo estándar habrá de ser tomado en consideración, sin embargo (en tanto no se matice, aclare o cambie esa doctrina constitucional) en todos aquellos casos en los que (como ocurría en el supuesto de hecho de la STC 100/2020) el legislador estatal pretenda imponer una regulación uniforme al incorporar una Directiva de armonización «incompleta» (lo que equivale a decir de falta de armonización) y con fundamento competencial exclusivo en el art. 149.1.13 CE (ya que el art. 149.1.23 CE es inapropiado para ello) (158).

3. Las cuestiones sustantivas omitidas

A) Introducción

Como hemos visto, la STC 100/2020 resuelve la cuestión competencial, única en realidad planteada por el recurrente, creando un estándar nuevo que, en este caso y ante la falta de prueba suficiente, permitió inclinar la balanza del lado de la competencia autonómica.

Pero como venimos señalando desde el principio, la normativa navarra (también la balear) sigue representando objetivamente un obstáculo para la libre circulación de mercancías dentro del mercado español, por lo que, una vez afirmada la competencia de la Comunidad Foral, lo que se echa de menos en la sentencia es que no proceda al análisis de si se cumplen o no las condiciones de justificación de ese obstáculo, exigibles siempre desde la perspectiva del Derecho comunitario europeo y derivables entre nosotros, como ahora veremos, del art. 139.2 CE o incluso (sin salir del plano competencial) de la Ley de garantía de la unidad de mercado, ni haga referencia alguna a esta cuestión (159).

(157) De los que puede ser un buen ejemplo la propia incorporación llevada a cabo en su día por la Ley 11/1997 (art. 13 y Anejo) de los requisitos para la comercialización de envases establecidos por la Directiva 94/62/CE, que se apoyó [Disposición final primera] en los apartados 13 y 23 del art. 149.1 CE, y que no provocó ningún conflicto competencial.

(158) Un buen banco de pruebas para ello lo tendremos en el caso que examinaremos después de las restricciones a la comercialización (o de la ausencia de ellas) de otros productos de plástico de un solo uso que contiene la nueva Ley 7/2022 (vid., *infra*, apartado V).

(159) No era óbice para entrar en la cuestión que el abogado del Estado no la hubiera planteado de modo subsidiario, pues el Tribunal dispone de facultades para ampliar el objeto

De haber hecho ese análisis, muy probablemente, como vimos al examinar la cuestión desde la perspectiva del Derecho comunitario, la Sentencia podría haber encontrado las justificaciones oportunas, pero lo importante es advertir de la necesidad de efectuarlo, frente a la falsa impresión que puede producir la STC 100/2020 de que se trate de una cuestión baladí.

B) El art. 139.2 CE

Como vimos en un apartado anterior, la construcción original de Enoch ALBERTÍ sobre las garantías estructurales y dinámicas de la unidad de mercado (o, más precisamente, de la unidad económica en el sistema constitucional español) tenía por objeto reaccionar frente a la sobrevaloración que a su juicio se venía dando por parte de la jurisprudencia constitucional a la cláusula o principio del art. 139.2 CE (160), como supuesta expresión máxima de las garantías constitucionales de esa unidad, y frente a su utilización, también a su juicio indebida, como elemento interpretativo de las reglas constitucionales y estatutarias de reparto de competencias, intentando reconducirla al más modesto papel que a su entender le correspondía, como mera cláusula residual o de cierre de un sistema más completo y diferenciado de garantías.

Pero lo que ni ALBERTÍ, ni por supuesto la jurisprudencia constitucional, han pretendido nunca es negar toda relevancia a este principio o, por decirlo en terminología comunitaria, privar a esta cláusula de todo «efecto útil» dentro del sistema constitucional español (161).

El problema, pues, se traslada a su interpretación en ese papel como cláusula de cierre o residual del sistema, esto es, en aquellos casos (como el que nos ocupa) en los que, indiscutida o afirmada la competencia autonómica

del proceso (art. 84 LOTC), máxime teniendo en cuenta que sí había sido abordada de modo cautelar por una de las defensas de la Ley Foral, la del Parlamento navarro [antecedente 5, apartado e) de la STC 100/2020]. Aun sin entrar de lleno en ella, la sentencia debiera haber hecho al menos, a mi juicio, una referencia expresa a la pertinencia de su examen en otras circunstancias (procesales), como hizo la sentencia sobre las máquinas de juego [STC 52/1988, de 24 de marzo (FJ 4)], sin que su alusión abstracta a que las normas adicionales de protección no pueden «[entrar] en colisión con otros valores constitucionales» [STC 100/2020 (FJ 4)] sea suficiente a estos efectos. Porque, en fin, conviene insistir en que el análisis de esa cuestión en modo alguno resultaba superfluo tras la afirmación de que la divergencia navarra no era susceptible de provocar una «distorsión sustancial» del mercado, porque la magnitud de la distorsión u obstáculo es el requisito que fija la sentencia para que el Estado pueda imponer una regulación uniforme, no para la existencia misma de una distorsión u obstáculo.

(160) «Ninguna autoridad podrá adoptar medidas que directa o indirectamente obstaculicen la libertad de circulación y establecimiento de las personas y la libre circulación de bienes en todo el territorio español».

(161) Antes bien, y como también vimos con anterioridad, la STC 79/2017 (FJ 2) lo incluye (la incluye) dentro de las «garantías estructurales» de la unidad de mercado.

para adoptar una determinada medida o regulación, esta medida o regulación puede suponer un «obstáculo», «directo o indirecto» para «la libertad de circulación y establecimiento de las personas» o, por lo que aquí importa, para «la libre circulación de bienes en todo el territorio español».

En no muchas ocasiones el Tribunal Constitucional ha tenido que pronunciarse sobre el sentido del art. 139.2 CE en ese papel residual, pero a la vez determinante para la decisión del caso. La más cercana al caso presente, por afectar a la libre circulación de mercancías, fue la conocida sentencia relativa a la prohibición castellano-leonesa de comercialización de cangrejos de río vivos (STC 66/1991, de 22 de marzo) (162).

En todas estas ocasiones, el Tribunal Constitucional había hecho hasta ahora una interpretación de esta cláusula sustancialmente análoga a la efectuada por el Tribunal de Justicia de las equivalentes del Tratado, entendiendo que dicha prohibición alcanza no sólo a las medidas discriminatorias (o protectionistas), sino también a las desproporcionadas en relación con los objetivos legítimos perseguidos (163).

Sin embargo, una reciente sentencia de la serie de las que resolvieron los diversos recursos de inconstitucionalidad interpuestos frente a la Ley de garantía de la unidad de mercado, la STC 111/2017, de 5 de octubre (anterior por tanto también a la STC 100/2020), de forma incidental, no estrictamente necesaria para la resolución del caso, parece proponer un cambio de interpretación del art. 139.2 CE, dándole un sentido o alcance mucho más

(162) También cabe mencionar, aunque con distintos grados de relevancia, entre otras, las SSTC 37/1981, de 16 de noviembre (FJ 2) (centros vascos de contratación de cargas), 64/1990, de 5 de abril (FJ 5) (ayudas gallegas al traslado de industrias), 227/1993, de 9 de julio [FJ 4 d)] (autorización catalana para grandes superficies comerciales), 96/2013, de 23 de abril [FFJJ 4) c) y 9] (impuesto aragonés sobre grandes superficies comerciales).

(163) STC 66/1991 (FJ 2): «Es claro (...) que la prohibición de comerciar con un determinado bien en una Comunidad Autónoma —en este supuesto, con el cangrejo de río vivo en Castilla y León— incide [en] su libre circulación en todo el territorio nacional, en la medida en que veda su acceso al mercado en una zona geográfica delimitada (...). Ahora bien, que esto sea así (...) no significa, sin embargo, que, por eso mismo, haya de entenderse que, *ex constitutione*, es inaceptable. Este Tribunal ya ha tenido ocasión de señalar que no toda medida que incida en la libre circulación de bienes —y personas— por el territorio nacional es necesariamente contraria al art. 139.2 de la Constitución, sino que únicamente lo será cuando persiga de forma intencionada la finalidad de obstaculizar la libre circulación o genere consecuencias objetivas que impliquen el surgimiento de obstáculos que no guarden relación y sean *desproporcionados* respecto del fin constitucionalmente lícito que pretenda la medida adoptada (STC 37/1981, fundamento jurídico 2º)» (la cursiva es nuestra). Dicho sea de paso, la sentencia (FJ 3) consideró proporcionada la medida, al no quedar claramente acreditada la existencia de medidas menos restrictivas, pero igualmente eficaces para combatir el problema de la peste del cangrejo (afanomicosis), que estaba poniendo en riesgo la supervivencia de la especie autóctona de cangrejo de río.

limitado (164). En efecto, y con supuesto apoyo en esas sentencias previas, el Tribunal Constitucional propone ahora interpretarlo como una simple prohibición de las medidas (autonómicas) de carácter «proteccionista» (165), es decir, que discriminen formal o materialmente (por ceñirnos al ámbito de la libre circulación de mercancías) a los productos procedentes de otras Comunidades Autónomas, beneficiando al tiempo las producciones propias (166).

No doy por firme este cambio jurisprudencial, en mi opinión desacertado (167), por tratarse todavía de momento de una sola sentencia y en puridad de un *obiter dicta* (168). Tampoco sé si este pudo ser un factor determinante

(164) STC 111/2017, de 5 de octubre, en el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía en relación con diversos preceptos de la Ley 20/2013 (FJ 4). En lo que aquí importa, la Junta de Andalucía consideraba que la Ley 20/2013, al limitar los fines de la intervención pública en la economía a razones imperiosas de interés general, estaba haciendo una interpretación sesgada y por lo tanto inconstitucional de la libertad de empresa (art. 38 CE) y la libre circulación (art. 139.2 CE). La sentencia, en lugar de contentarse con afirmar, como finalmente concluye (FJ 4 *in fine*), que difícilmente puede afirmarse que vulnera estos preceptos constitucionales una ley que no los restringe, sino que los favorece, se adentra en la interpretación, por lo que aquí importa, del sentido del art. 139.2 CE.

(165) La sentencia sigue con ello la tesis de T. DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI (2008: 46 y ss.): «el art. 139.2 CE sería un precepto que pretendería proscribir el proteccionismo». En realidad, al autor parece preocuparle lo mismo que le preocupó al Tribunal de Justicia en su momento (el alcance inicial excesivamente amplio de la noción de medidas de efecto equivalente; entre nosotros, de obstáculos a la libre circulación de mercancías), pero para eso no hace falta reducir el concepto a las medidas u obstáculos «discriminatorios» o «proteccionistas» (tesis que nunca ha hecho suya la jurisprudencia comunitaria), sino que basta con introducir el mismo tipo de distinciones que hizo el Tribunal a partir de la sentencia Keck y Mithouard entre características de los productos y circunstancias de la comercialización.

(166) STC 111/2017 (FJ 4): «El artículo 139.2 CE asegura la libre circulación de mercancías y personas en todo el territorio español. Proscribe con ello las regulaciones o medidas de signo proteccionista; esto es, que dificultan injustificadamente en un territorio la comercialización de productos de otras zonas o el ejercicio de actividades empresariales por parte de personas procedentes de otros lugares. Consecuentemente, bajo el prisma del artículo 139.2 CE, cobra relevancia una única modalidad de límite o condición a la libertad empresarial: la que favorece a productos u operadores de un territorio en detrimento de los de otros lugares» (las cursivas son nuestras). Bien es verdad que luego la propia sentencia cita (en supuesto apoyo de lo anterior) la doctrina fijada en la STC 66/1991, antes transcrita y que no dice lo mismo, pero esas afirmaciones restrictivas ya están hechas.

(167) Muy crítico también con esta sentencia, A. CIDONCHA MARTÍN (2018: 315 y ss.).

(168) Es verdad que en materia tributaria, y en relación con el art. 157.2 CE («Las Comunidades Autónomas no podrán en ningún caso adoptar medidas tributarias sobre bienes situados fuera de su territorio o que supongan obstáculo para la libre circulación de mercancías o servicios»), parece estarse imponiendo este criterio restrictivo [SSTC 125/2021, de 3 de junio, FJ 5, y 20/2022, de 9 de febrero, FJ 3 b)], pero lo cierto que aquí la restricción concuerda, como ya dijimos, con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, que ciñe la prohibición de los preceptos equivalentes del TFUE a los tributos discriminatorios o proteccionistas. *Vid.*, al respecto, entre otros, F. LÓPEZ PÉREZ (2018: 402).

de que la STC 100/2020 no aludiera al art. 139.2 CE, pues parece obvio que la regulación navarra no tenía intención ni efecto «proteccionista» (de, supongamos, los fabricantes navarros de bolsas de plástico compostables). Lo que me parece claro es que, aun descartando (indebidamente) el art. 139.2 CE como fundamento de la «proporcionalidad» de los obstáculos a la libre circulación de mercancías, aún restaba otro sostén de esa exigencia, igualmente omitido por la STC 100/2020, que no es otro que la propia Ley de garantía de la unidad de mercado.

C) La Ley de garantía de la unidad de mercado

Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, que obviamente no es necesario tratar aquí en toda su extensión (169), se encuentra en línea de continuidad con las que unos años antes habían procedido a la incorporación de la Directiva de servicios, profundizando en algunas de sus exigencias y ampliando, por lo que aquí más importa, su ámbito de aplicación a toda clase de actividades económicas (no sólo las de prestación de servicios) y por tanto también a la garantía de la libre circulación de mercancías (170).

En este terreno, la ley apostó por una solución radical, el «reconocimiento mutuo» general e incondicionado de toda clase de regulaciones (autonómicas) relativas a los requisitos para la comercialización de productos (o incluso de la ausencia de ellas), que fue, como ya se dijo, justamente declarada inconstitucional por la STC 79/2017.

Este órdago a la grande, razonablemente perdido, dejaba en la penumbra otras disposiciones de la ley, también aplicables a las regulaciones autonómicas afectantes a la libre circulación de mercancías, que recibieron sin embargo el plácet del Tribunal como preceptos bien fundados en la competencia estatal ex art. 149.1.13 CE, en calidad de «garantía dinámica» de la unidad de mercado. Me refiero concretamente al art. 5 de la ley (171), que impone que todas las regulaciones autonómicas que puedan suponer un obstáculo para la libre circulación (también de mercancías), además por supuesto de no exceder del ámbito de las competencias que correspondan a las Comunidades Autónomas, han de estar basadas en «razones imperiosas de interés general» y ser «proporcionadas» en relación con los objetivos legítimos perseguidos, lo que, como puede verse, es simple traslación de exigencias propias del ámbito

(169) *Vid.*, al respecto, entre otros, M^oJ. ALONSO MAS (2014a).

(170) Así lo reconoce la propia STC 79/2017 [FJ 4 A)].

(171) STC 79/2017 [FJ 7 a)].

comunitario europeo, proyectadas más allá del sector servicios, para el que ya existían leyes en este sentido (172).

El propio abogado del Estado, que nunca invocó en su recurso el art. 139.2 CE, se refirió, sin embargo, a la Ley de garantía de la unidad de mercado (implícitamente a este precepto) como límite que en todo caso habría de respetar la regulación navarra en ausencia de legislación básica (173). Ningún problema habría tenido la STC 100/2020, una vez afirmada la competencia autonómica, para contrastar su justificación con este precepto legal, sin salir en absoluto del marco competencial previamente delimitado como objeto de la controversia, por tratarse de un precepto previamente calificado como formal y materialmente básico (ex art. 149.1.13 CE) y de un simple problema (otro) de posible inconstitucionalidad mediata de la ley navarra.

En definitiva, y lo haya hecho o no esta sentencia, lo que me parece importante destacar, de futuro, es que cualquier regulación dictada en el marco de las competencias de las Comunidades Autónomas pero creadora de obstáculos a la libre circulación de mercancías debe pasar un examen de proporcionalidad (generalmente de fácil absolución, si se trata de una normativa seria), por imperativo, en mi opinión, del art. 139.2 CE, y si no, en el peor de los casos, de una legislación básica (y como tal coyuntural) como es la vigente ley de garantía de la unidad de mercado.

4. Balance

Al resolver el problema competencial planteado con la impugnación de las restricciones navarras a la comercialización de bolsas de plástico, superiores a las previstas en la legislación básica, la STC 100/2020, quizás de forma no deliberada, crea un estándar nuevo para la posible utilización del art. 149.1.13 CE con fines de prevención o eliminación de obstáculos técnicos al comercio, como es la existencia de una «distorsión sustancial» del mercado

(172) Art. 5 (principio de necesidad y proporcionalidad de las actuaciones de las autoridades competentes), enclavado dentro del capítulo II de la Ley (principios de garantía de la libertad de establecimiento y la libertad de circulación): «1. Las autoridades competentes que en el ejercicio de sus respectivas competencias establezcan límites al acceso a una actividad económica o su ejercicio de conformidad con lo previsto en el artículo 17 de esta Ley o exijan el cumplimiento de requisitos para el desarrollo de una actividad, motivarán su necesidad en la salvaguarda de alguna razón imperiosa de interés general de entre las comprendidas en el artículo 3.11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio. 2. Cualquier límite o requisito establecido conforme al apartado anterior, deberá ser proporcionado a la razón imperiosa de interés general invocada, y habrá de ser tal que no exista otro medio menos restrictivo o distorsionador para la actividad económica».

(173) Antecedente 1 c) de la STC 100/2020.

producto de la disparidad normativa autonómica. Un estándar que, no obstante, hay que tomar con cautela, porque tanto por la terminología utilizada como por el enfoque del asunto, parece estar pensado para otro tipo de problemas (174).

Si ponemos en relación este nuevo estándar con la jurisprudencia constitucional anterior referida a obstáculos técnicos al comercio, no cabe afirmar que represente una limitación de las competencias estatales. Antes bien, con el estándar de la «distorsión sustancial», aunque exigente e indeterminado, la STC 100/2020 abre unas posibilidades de intervención con base en el art. 149.1.13 CE que hasta el momento no estaban esclarecidas y podían ser puestas en duda a partir de algún caso análogo (175).

Si bien, en mi opinión, el nuevo estándar es impracticable en los casos en los que el Estado imponga una regulación uniforme (ex art. 149.1.13 CE) como corolario de una Directiva de armonización completa, a él parece que habrá que atenerse en los casos de incorporación de Directivas de armonización incompleta, como la relativa a las bolsas de plástico ligeras o la que ahora veremos sobre otros plásticos de un solo uso (176).

Por fin, aunque la STC 100/2020 omita toda referencia a este extremo, parece claro que allí adonde no llegue la competencia armonizadora estatal y las Comunidades Autónomas, en uso de sus competencias, establezcan regulaciones que creen obstáculos técnicos al comercio, tales regulaciones, como ocurre si se las mide bajo patrones comunitarios, habrán de ser proporcionadas y no discriminatorias, por exigencias del art. 139.2 CE (pese a su más reciente interpretación restrictiva en la jurisprudencia constitucional) o al menos de la Ley de garantía de la unidad de mercado.

Además, en el caso presente, y como vimos al analizar el caso desde la óptica comunitaria, la realización de ese examen hubiera permitido a la Ley

(174) Las «distorsiones» a la competencia. Por lo demás, la STC 100/2020 parece estar contemplando el problema como una intervención ex art. 149.1.13 CE en un sector de competencia autonómica (la distribución comercial, perteneciente al ámbito del comercio interior), trasladando el criterio jurisprudencial propio de estos casos («incidencia directa y significativa [de la medida] en la economía») al campo de la garantía de la unidad de mercado. De todas formas, y aun con ese parentesco, el estándar es novedoso.

(175) El de las máquinas de juego ya comentado (STC 52/1988).

(176) Aunque la STC 100/2020 no lo haga explícito, ni siquiera lo sugiera, por mor del dogma de que el Derecho comunitario europeo no constituye canon de constitucionalidad, un factor determinante de la decisión adoptada pudo ser también el carácter incompleto de armonización comunitaria en materia de bolsas de plástico. Si el legislador comunitario consiente que haya diversas regulaciones nacionales, ¿qué problema hay, tratándose de una regulación con fines ambientales, en que también pueda haberlas entre nosotros (entre Comunidades Autónomas) a partir de un mínimo común denominador?. Así debió de pensar el Tribunal. Y nada hay que objetar, a excepción de no pedir cuentas de la proporcionalidad a las elevaciones al alza autonómicas.

Foral salir absuelta con todos los honores, al ser su coherencia (y, por ende, su proporcionalidad) superior a la de la legislación básica.

V. TEST DE PRUEBA EN RELACIÓN CON OTROS PRODUCTOS DE PLÁSTICO DE UN SOLO USO

1. La Directiva de plásticos de un solo uso

Como ya señalamos en un apartado anterior, la Directiva (UE) 2019/904, establece un catálogo diferenciado de medidas, encaminadas a la reducción de su impacto ambiental (fundamentalmente en el medio marino) de los plásticos de un solo uso, para un conjunto relativamente amplio de estos productos. Y, como también se dijo, pese a tratarse de una Directiva con «base jurídica» en las disposiciones del Tratado relativas a la protección del medio ambiente (art. 192 TFUE), tiene también un claro propósito armonizador al menos de aquellas medidas cuya disparidad entre los Estados miembros podría generar obstáculos comerciales, a lo que expresamente se alude en su Preámbulo.

En este sentido, y por lo que ahora importa, la Directiva contempla la posibilidad de establecer «restricciones a la comercialización» para dos nuevas clases de productos de plástico de un solo uso (177), a saber: (1) los vasos para bebidas y (2) los recipientes para alimentos destinados al consumo inmediato (178).

En la medida en que algunos de estos productos constituyen también envases (179), la Directiva alza respecto de ellos (como se hiciera en el caso de las bolsas de plástico ligeras) la armonización completa de los requisitos (ambientales) de comercialización prevista con carácter general en la Directiva de envases y residuos de envases (180), abriendo paso también respecto de ellos a la diversidad de regulaciones por los Estados miembros, y sometiendo

(177) Que se suman a la prevista por la Directiva (UE) 2015/720 para las bolsas de plástico ligeras, para las que, aun teniendo también la consideración de productos de plástico de un solo uso y entrando dentro del ámbito de aplicación de la nueva Directiva, no se reitera esta previsión, sino que se contemplan otras clases de medidas. Las gruesas no tienen la consideración de productos de plástico de un solo uso y quedan fuera también del ámbito de aplicación de esta Directiva.

(178) Art. 4 y Parte A del Anexo de la Directiva. La identificación de este segundo grupo de productos es más compleja, pero no es necesario precizarla más a nuestros efectos.

(179) Los recipientes para alimentos destinados al consumo inmediato, en todo caso, y los vasos para bebidas siempre que se utilicen para ser rellenados en los puntos de venta.

(180) A estos efectos, la propia Directiva se declara ley especial y se atribuye preferencia, en caso de conflicto, sobre la Directiva de envases y residuos de envases (art. 2.2 y cdo. 10 de la Directiva).

de nuevo cada una de las eventuales «restricciones a la comercialización» a la condición de que sean «proporcionadas y no discriminatorias» (181).

2. La Ley de residuos, suelos contaminados y economía circular

La nueva Ley 7/2022, de 8 de abril, de residuos y suelos contaminados para una economía circular (182), cuyo carácter básico se fundamenta con carácter general en el art. 149.1.23 CE (183), mantiene no obstante de forma significativa una doble habilitación, es decir, un fundamento competencial adicional en el art. 149.1.13 CE, para dos títulos completos, el relativo a la «responsabilidad ampliada del productor» (título IV, arts. 37 a 54), del que hablaremos después, y el relativo a la «reducción del impacto de determinados productos de plástico en el medio ambiente» (título V, arts. 55 a 62), por medio del cual se lleva a cabo la transposición de la Directiva (UE) 2019/904, dando con ello posiblemente a entender que la regulación relativa a estas dos materias no se establece con un carácter simplemente básico, susceptible de mejora mediante normas adicionales de protección, sino con pretensiones de uniformidad (184).

En el mencionado título V la Ley lleva a cabo una asimilación prudente de los contenidos de la Directiva, sin rebajar por supuesto los estándares de protección previstos en ella, pero sin apurar tampoco los márgenes de desarrollo concedidos por ella, en el sentido de que no opta desde el principio por las medidas más restrictivas ni amplía significativamente sus previsiones a productos de plástico de un solo uso distintos de los incluidos dentro del ámbito de aplicación de aquella (185), desatendiendo en ambos casos algunas propuestas planteadas durante la tramitación parlamentaria del proyecto de ley (186).

(181) Art. 4.1, párrafos tercero y cuarto, de la Directiva: «Los Estados miembros podrán imponer restricciones a la comercialización como excepción a lo dispuesto en el artículo 18 de la Directiva 94/62/CE (...). Las medidas adoptadas en virtud del presente apartado serán proporcionadas y no discriminatorias».

(182) Una espléndida y rigurosa, aunque un tanto desilusionada, valoración general de la ley, en R.J. SANTAMARÍA ARINAS (2022: 53 y ss.).

(183) De acuerdo con la Disposición final undécima, apartado 1.

(184) El Dictamen del Consejo de Estado sobre el anteproyecto de ley, de 15 de abril de 2021 (número de expediente 196/2021) no contiene ningún comentario a este respecto.

(185) Hay alguna excepción, como la prohibición de introducción en el mercado de las «microesferas de plástico de menos de 5 milímetros añadidas intencionadamente» [art. 56 c) de la Ley], no contenida en la Directiva. Más detalles al respecto, en B. SORO MATEO (2022: 387 y ss.) y J.M. BELTRÁN CASTELLANOS (2022).

(186) *Vid.* las enmiendas al proyecto de ley presentadas en el Congreso [BOCG, Congreso, XIV legislatura, Serie A, núm. 57-3, de 6 de octubre de 2021], poco relevantes, sin embargo, a juicio de B. SORO MATEO (2022: 395), salvo en relación con el impuesto sobre plásticos de un solo uso.

Así, por lo que respecta a las medidas para la «reducción del consumo de determinados productos de plástico de un solo uso» (art. 55), y en relación con los dos tipos de productos para los que la Directiva exigía la adopción de este tipo de medidas (vasos de plástico y recipientes de alimentos destinados al consumo inmediato), la Ley no impone de momento «restricciones a la comercialización», sino que se conforma con otras alternativas también previstas por la Directiva, como son el establecimiento de objetivos nacionales de reducción y el cobro de un precio al consumidor (instrumento económico) (187).

En este mismo contexto, la ley hace referencia a otra serie de productos de plástico de un solo uso que, según parece, no entran dentro del ámbito de aplicación de la Directiva [bandejas de plástico que sean envases, productos monodosis de plástico, anillas de plástico que permiten agrupar varios envases individuales y palos de plástico usados en el sector alimentario como soportes de productos (palos de caramelos, de helados y de otros productos)] para hacer simplemente al respecto una llamada de atención a los sectores implicados e imponer un seguimiento de los avances que se vayan produciendo (188).

Nos encontramos, pues, con una regulación (básica) respetuosa sin duda de los mandatos de la Directiva (también con el procedimiento de información en materia de reglamentaciones técnicas (189)), y que, desde la perspectiva interna que ahora importa, parece ideada (a la vista de su fundamento competencial) con carácter de uniformidad, pero que, a la luz de la doctrina establecida por la STC 100/2020, dudosamente puede pretender ostentar ese carácter, al no contener ninguna reflexión sobre las posibles «distorsiones sustanciales» del mercado a que pudieran dar lugar eventuales divergencias (al alza) autonómicas (190). Se trata, pues, de ver si estas existen en la actualidad y cuál es su alcance.

(187) Art. 55.1 y 2 de la Ley.

(188) Art. 55.4 de la Ley.

(189) Cumplido en la tramitación del anteproyecto de ley (Preámbulo de la Ley, apartado XVII), y al que también se hace referencia expresa para el caso de que se introduzcan en el futuro las mencionadas restricciones a la comercialización (art. 55.2 de la Ley).

(190) Tampoco en la Memoria del análisis de impacto normativo del anteproyecto de ley (disponible en: <https://www.miteco.gob.es/es/calidad-y-evaluacion-ambiental/participacion-publica/Residuos%202020%20anteproyecto%20de%20ley%20de%20residuos%20y%20suelos%20contaminados.aspx>). La Memoria (pp. 50 y ss.) contiene referencias a la garantía de la unidad de mercado en relación con otros problemas, como los relativos a los conceptos de «subproducto» y «fin de la condición de residuo» [vid., al respecto, J.F. ALENZA GARCÍA (2022: 41 y ss.)], pero no en relación con los plásticos de un solo uso.

3. Las divergencias autonómicas

A) Comunidad Foral de Navarra

Los apartados 4 y 5 del art. 23 de la Ley Foral 14/2018, en su redacción original, incluían también «restricciones a la comercialización» de otra serie de productos de plástico de un solo uso distintos de las bolsas de plástico (ligeras) (191), cuya compatibilidad con la normativa comunitaria de envases y residuos de envases (y aun con la legislación básica que la incorporaba) podía resultar en algún caso discutible, pero que no fueron objeto de impugnación en el recurso de inconstitucionalidad, tal vez en la creencia (en parte equivocada) de que no había entonces legislación básica que pudiera servir de contraste (192).

Una vez aprobada la Directiva de plásticos de un solo uso, y aprovechando la tramitación de la que llegaría a ser la Ley Foral 29/2019 (193), se dio (vía una enmienda *in voce*) nueva redacción a los mencionados apartados del art. 23 de la Ley Foral 14/2018, con el fin de eliminar cualquier posible contradicción con dicha Directiva, y en general y de manera correcta, con la normativa comunitaria de envases y residuos de envases, aunque sin que conste de nuevo el cumplimiento del procedimiento de información en materia de reglamentaciones técnicas (194).

(191) Art. 23 (Utilización de bolsas de plástico y de la venta de vajilla de un solo uso y de productos envasados en monodosis o cápsulas de un solo uso): «4. A partir del 1 de enero de 2020 queda prohibida la venta de platos, vasos, tazas y bandejas alimentarias desechables de plástico que no entren dentro del ámbito de aplicación de la Directiva 94/62/CE, relativa a envases y residuos de envases, excepto aquellos que estén constituidos por material biodegradable. 5. A partir del 1 de enero de 2020 queda prohibida la venta de productos envasados en monodosis o cápsulas de un solo uso fabricadas con materiales no reciclables, orgánicamente o mecánicamente».

(192) Lo era, para los productos que constituyeran envases, la Ley 11/1997 (art. 13 y Anejo).

(193) Ley Foral 29/2019, de 23 de diciembre, de modificación de diversos impuestos y otras medidas tributarias.

(194) La redacción actual de esos apartados del art. 23 de Ley Foral 14/2018 (derivada de la Ley Foral 29/2019) es la siguiente: «4. Las medidas de utilización de productos de plástico de un solo uso a los que les sea de aplicación la Directiva (UE) 2019/904, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de junio de 2019, relativa a la reducción del impacto de determinados productos de plástico en el medio ambiente, se regirán por dicha normativa o la que se derive de su desarrollo o transposición. 5. A partir del 3 de julio de 2021 queda prohibida la venta de productos envasados en monodosis o cápsulas de un solo uso, a los que no les sea de aplicación la Directiva 94/62/CE, relativa a envases y residuos de envases ni la Directiva (UE) 2019/904, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de junio de 2019, relativa a la reducción del impacto de determinados productos de plástico en el medio ambiente, siempre que estén fabricados con materiales no reciclables, orgánicamente o mecánicamente».

Como elemento novedoso respecto de la sobrevenida legislación básica (el art. 55 de la Ley 7/2022) resta ahora tan sólo en la legislación navarra la prohibición de venta de productos envasados en monodosis o cápsulas de un solo uso que no constituyan envases [por eje., las cápsulas de café (195)] y no estén fabricados con materiales reciclables, orgánicamente o mecánicamente. Una originalidad quizás menor, pero creadora igualmente de obstáculos técnicos al comercio, a la que, si bien no cabe hacer en principio ningún reproche competencial a la vista de la doctrina establecida por la STC 100/2020, habría que exigir en todo caso, de acuerdo con la tesis aquí defendida, una justificación en términos de proporcionalidad (tanto desde la óptica comunitaria europea como constitucional).

B) Illes Balears

Mucho más problemática es la Ley 8/2019, de 19 de febrero, de residuos y suelos contaminados de las Illes Balears, que en sus arts. 23 a 25 contiene todo un abanico de «restricciones a la comercialización» de productos de plástico (distintos de las bolsas) apenas conectado con la Directiva de plásticos de un solo uso, pese a la modificación parcial de estos artículos con posterioridad a la aprobación de la Directiva (196), y para el que tampoco consta ni en su redacción inicial ni en la actual el cumplimiento del procedimiento de información en materia de reglamentaciones técnicas. Esa desconexión se traduce tanto en insuficiencias como en posibles excesos, pero como las primeras pueden entenderse solventadas por la posterior aprobación, con carácter básico, de la Ley 7/2022, vamos a centrarnos solamente en los segundos, que a mi juicio son principalmente los siguientes:

(1) Por lo que respecta a productos de plástico de un solo uso incluidos dentro del ámbito de aplicación de la Directiva (y sometidos conforme a ella a medidas de reducción), la ley balear restringe la comercialización de «vasos, tazas y bandejas alimenticias de un solo uso» que no constituyan envases, limitándola a los que sean compostables [art. 23.1 c)], lo que resulta admisible desde la perspectiva comunitaria (a reserva de justificación) y también desde la perspectiva interna y conforme a la doctrina de la STC 100/2020 (a reserva de la misma justificación).

(2) Pero, además de ello, la ley balear contiene un amplio listado de restricciones a la comercialización de otra serie de productos de plástico no

(195) Vid. el Anexo I de la Directiva 94/62/CE (en su versión vigente) y el Anejo 1 del Reglamento de la Ley 11/1997, aprobado por Real Decreto 782/1998, de 30 de abril (también en su versión actual).

(196) Por Decreto-ley 8/2020, de 13 de mayo, primero, y luego por Ley 2/2020, de 15 de octubre.

incluidos en el ámbito de aplicación de la Directiva (ni tratados por la Ley 7/2022), admisible a escala comunitaria europea a reserva de la proporcionalidad de cada una de ellas, y desde la óptica constitucional, y a tenor de la STC 100/2020, posiblemente también en las mismas condiciones. Cabe, no obstante, preguntarse si la suma de todas estas restricciones no empieza a alcanzar el umbral de la «distorsión sustancial» excluyente de la competencia autonómica o, mejor dicho, de la legítima atribución a la legislación básica del carácter de regulación uniforme ex art. 149.1.13 CE (197).

4. Balance

La STC 100/2020 abre en principio la puerta a que las Comunidades Autónomas establezcan «restricciones a la comercialización» no sólo de bolsas de plástico, sino también de otros productos de plástico de un solo uso (compatibles por supuesto con la legislación comunitaria, aunque este es un problema de otra naturaleza) más intensas que las previstas con carácter básico por el legislador estatal, al amparo de sus competencias de desarrollo legislativo y de establecimiento de normas adicionales de protección en materia ambiental, como las que ya incluyen la legislación navarra y sobre todo la balear, a condición, aunque la sentencia no aluda a ello, de que sean proporcionadas y no discriminatorias.

El legislador (estatal) de nueva Ley 7/2022, al proceder a la regulación básica de las medidas para la reducción del impacto ambiental de los productos de plástico de un solo uso, y conceder obviamente tanto de la STC 100/2020 como de estas normativas autonómicas previas, parece haber apostado por la indefinición. Por un lado, desafía el pronunciamiento de la sentencia volviendo a poner como fundamento competencial de esta parte de la ley el art. 149.1.13 CE (en unión al art. 149.1.23 CE), lo que podría servir de base para un recurso (de inconstitucionalidad) frente a alguna nueva iniciativa autonómica de las mismas características o para algún pronunciamiento de prevalencia de la nueva legislación básica sobre las legislaciones preceden-

(197) Se trata de: (1) la prohibición de uso en los establecimientos y las empresas turísticas del sector HORECA de productos alimenticios en monodosis (a excepción de los aceites) [art. 23.1 d)]; (2) la prohibición de venta de cápsulas de un solo uso de café, infusiones, caldos y otras utilizadas en cafeteras, salvo las fabricadas con materiales compostables o bien fácilmente reciclables, orgánica o mecánicamente [art. 23.1 f)]; (3) la prohibición de distribución y venta de versiones no reutilizables y no recargables de cartuchos y tóneres de impresora y fotocopiadora, y de modelos de mecheros que no garanticen al menos 3.000 encendidas efectivas, y a más largo plazo (a partir del 1 de enero de 2025) de versiones no recargables de maquinillas de afeitar (art. 24); y (4) la prohibición de distribuir paquetes de latas o botellas de bebidas sujetas mediante anillas de plástico ni otros envases colectivos secundarios, que, en todo caso, deberán ser de material biodegradable [sic] (art. 25.6).

tes por parte de los tribunales ordinarios. Pero, por otro lado, se abstiene de aportar ninguna justificación de la necesidad de una regulación uniforme en los términos requeridos por la sentencia («distorsión sustancial»), sembrando, pues, toda clase de dudas.

VI. RESPONSABILIDAD AMPLIADA DEL PRODUCTOR

1. La cuestión en la Ley 22/2011

De forma indirecta, la Ley 22/2011, de 28 de julio, de residuos y suelos contaminados vino a establecer el carácter único o nacional de los regímenes de responsabilidad ampliada del productor (de productos que con el uso se convierten en residuos) o, lo que es lo mismo, la exclusión de su posible creación por las legislaciones autonómicas, al disponer que el establecimiento (y regulación) de este tipo de regímenes para determinadas clases de productos había de hacerse por Real Decreto (art. 31.3 de la Ley), y eso a pesar de que los preceptos relativos a estos regímenes venían fundados competencialmente, como la mayor parte de los preceptos de la ley, en la competencia estatal sobre la «legislación básica de protección del medio ambiente, sin perjuicio de las facultades de las Comunidades Autónomas de establecer normas adicionales de protección» (198).

En la tramitación parlamentaria del proyecto de ley que condujo a la Ley 22/2011 no hay muchas pistas del porqué de la adjudicación de esta tarea (que cabe calificar como normativa, puesto que el establecimiento de un régimen de responsabilidad ampliada para una determinada clase de productos implica la concreción de las obligaciones a las que quedan sometidos sus productores dentro del abanico de posibilidades que ofrece la ley) (199), que con anterioridad (el nombre es nuevo, pero no la figura en sí (200)) no aparecía tan claramente reservada al Estado (201). Tampoco ofrece suficiente explicación al respecto el enunciado de los factores a tener en cuenta para tomar este tipo de decisión («teniendo en cuenta su viabilidad técnica y económica, el conjunto de impactos ambientales y sobre la salud humana, y respetando la necesidad de garantizar el correcto funcionamiento del mercado

(198) Disposición final primera de la Ley 22/2011.

(199) Hubo varias enmiendas, que no prosperaron (las núms. 9, 43 y 109), que proponían que se suprimiera la referencia al Real Decreto o se añadiera «o por Decreto de los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas», para permitir que las CCAA también puedan establecer tales medidas [BOCG, Congreso, IX legislatura, Serie A, núm. 114-9, de 6 de mayo de 2011].

(200) *Vid.*, al respecto, entre otros, J. ROSA MORENO (1998).

(201) Ley 10/1998, de 21 de abril, de residuos (art. 7.1) atribuía al Gobierno el establecimiento de estos regímenes «sin perjuicio de las normas adicionales de protección que, en su caso, dicten las Comunidades Autónomas».

interior»), que no son sino copia de los previstos por la normativa comunitaria de referencia en la materia (202).

2. Jurisprudencia del Tribunal Supremo

El Tribunal Constitucional no ha tenido que pronunciarse todavía sobre la constitucionalidad de esta reserva competencial o, lo que es lo mismo, sobre el reparto de funciones entre Estado y Comunidades Autónomas en la regulación de los regímenes de responsabilidad ampliada del productor, pero sí lo ha hecho hasta cierto punto el Tribunal Supremo.

La primera ocasión fue con motivo del examen de la incidencia de un reglamento andaluz sobre el régimen de responsabilidad ampliada de los productores de envases (203). Y la segunda, la que motiva estas breves reflexiones, con motivo de la incidencia de una determinada planificación catalana sobre el régimen de responsabilidad ampliada de los productores de neumáticos (204).

En ambos casos, el análisis que lleva a cabo el Tribunal Supremo de las disposiciones autonómicas impugnadas se sitúa preferentemente en el plano de la legalidad ordinaria, es decir, lo que valora el Tribunal es si sus innovaciones constituyen o no aspectos relevantes (afectan al «contenido») de los respectivos regímenes de responsabilidad ampliada del productor, que por mandato de la ley han de ser únicos a escala nacional, en cuanto establecidos por Real Decreto, llegando en ambos casos a una respuesta afirmativa y a la consiguiente anulación (por vicio competencial) de ciertos aspectos de ellas (205).

Es obvio, no obstante, que el análisis en estos términos de las cuestiones planteadas presupone por parte del Tribunal un juicio positivo de constitucionalidad de la competencia estatal (sin el cual lo procedente hubiera sido plantear una

(202) Directiva 2008/98/CE, sobre los residuos (art. 8.3). J.J. PERNAS GARCÍA (2022: 309) lo considera, sin embargo, una explicación relevante.

(203) STS de 15 de diciembre de 2016 (núm. de recurso 2497/2015), en relación con el Reglamento de Residuos de Andalucía, aprobado por Decreto 73/2012, de 20 de marzo.

(204) STS de 27 de julio de 2020 (núm. de recurso 268/2018) en el recurso interpuesto por la «Agrupación de fabricantes de cementos de Cataluña» contra el Real Decreto 210/2018, de 6 de abril, por el que (por motivos coyunturales derivados de la aplicación del art. 155 CE) se aprobó el Programa de Prevención y Gestión de Residuos y Recursos de Cataluña (PRECAT20).

(205) En el segundo caso, la previsión por el PRECAT20 de objetivos de «valorización material» (o no energética) de neumáticos en Cataluña superiores a los previstos en el Real Decreto que regulaba el sistema de responsabilidad ampliada de los productores de neumáticos (art. 4.2 del Real Decreto 1619/2005, de 30 de diciembre, sobre la gestión de neumáticos fuera de uso). Para la STS de 27 de julio de 2020 la competencia estatal no se limita al establecimiento de los regímenes de responsabilidad ampliada, sino que incluye también su «contenido», del que forman parte (como extremos no accesorios) los referidos objetivos, «sin que pueda la legislación autonómica [alterarlos] bajo la habilitación de normas adicionales de protección» (FJ 5).

cuestión de inconstitucionalidad), que especialmente la segunda de las sentencias (la relativas a los neumáticos) absuelve de forma expresa, pero con una argumentación muy lacónica, sin profundizar en las razones («por variados y evidentes motivos») y sin interrogarse sobre el título competencial aplicable (si la propia legislación básica en materia ambiental o acaso el art. 149.1.13 CE) (206).

3. La cuestión en la Ley 7/2022

Parece haber extraído alguna lección de esta jurisprudencia del Tribunal Supremo la nueva Ley 7/2022, que refuerza competencialmente su nueva regulación de los regímenes de responsabilidad ampliada del productor (con las innovaciones procedentes de la normativa comunitaria en la materia (207)), incluido el establecimiento de los mismos por Real Decreto, que se mantiene (208), con la invocación como título competencial sustentador (junto con el art. 149.1.23 CE) del art. 149.1.13 CE (209).

No vamos a apurar aquí el análisis de la constitucionalidad o no, desde el punto de vista competencial, de esta reserva competencial en favor del Estado, para la que probablemente existan, como dice el Supremo, muchas y variadas razones, pero al parecer contradicha también por otras legislaciones autonómicas todavía no cuestionadas (de nuevo, la balear) (210).

(206) STS de 27 de julio de 2020 (FJ 5): «Es importante poner de manifiesto que cuando el legislador básico está imponiendo la condición de que esta responsabilidad ampliada debe aprobarse por el Gobierno del Estado, está sustrayendo de la disponibilidad de las Comunidades Autónomas la posibilidad de imponer responsabilidad ampliada para su territorio, lo cual ha de considerarse acorde con el reparto de competencias, básica y de desarrollo con normas adicionales de protección, que por *variados y evidentes motivos* distorsionarían ese marco competencial si cada Comunidad Autónoma pudiera imponer una responsabilidad diferente de esta naturaleza (...) la exigencia de que la responsabilidad ampliada quede en manos de la legislación básica es un imperativo que se impone por esa propia normativa (...) y con el fundamento (...) de tener “en cuenta su viabilidad técnica y económica, el conjunto de impactos ambientales y sobre la salud humana, y respetando la necesidad de garantizar el correcto funcionamiento del mercado interior” *circunstancias todas que solo desde una perspectiva nacional pueden ser tenidas en cuenta*» (las cursivas son nuestras).

(207) Directiva (UE) 2018/851 del Parlamento Europeo y del Consejo de 30 de mayo de 2018, por la que se modifica la Directiva 2008/98/CE sobre los residuos.

(208) Art. 37.2 de la Ley 7/2022.

(209) Disposición final undécima, apartado 2, de la Ley 7/2022. También hace referencia a ello, J.J. PERNAS GARCÍA (2022: 309).

(210) Ley 8/2019 [cuya Exposición de Motivos (apartado V) señala que: «la capacidad de establecer normas adicionales de protección al medio ambiente (...) es el criterio que se ha seguido a la hora de legislar aspectos de la responsabilidad ampliada del productor»] parece establecer por sí misma regímenes de responsabilidad ampliada para ciertos productos (art. 24.1), como los cartuchos y tóneres de impresora y fotocopiadora (reutilizables y recargables) y los mecheros [que garanticen al menos 3.000 encendidas efectivas].

Baste indicar que el título competencial habilitante no parece que pueda ser otro que el art. 149.1.13 CE (el art. 149.1.23 CE parece insuficiente), y que en este sentido parecería ineludible el contraste de esos «variados y evidentes motivos» a los que alude el Tribunal Supremo, una vez concretados, con la doctrina de la STC 100/2020 sobre la evitación de «distorsiones sustanciales» del mercado. No obstante, el caso podría semejar también al del mercado único de emisiones de gases de efecto invernadero y su imposibilidad de condicionamiento autonómico (STC 87/2019), aunque aquí se trataba en realidad de un mercado único a escala comunitaria (211).

VII. A MODO DE CONCLUSIÓN: EL DEBILITAMIENTO DE LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES SUSTANTIVAS DE LA LIBERTAD DE EMPRESA Y LA UNIDAD DE MERCADO

Excede con mucho el objeto de este trabajo, pero, en lugar de reiterar las conclusiones (balances) ya expuestas en los apartados anteriores, a las que me remito (212), no me resisto, en este tramo final, a situar la sentencia comentada en un contexto más amplio, revelador de un cierto debilitamiento de las garantías constitucionales sustantivas (no competenciales) de la libertad de empresa y la unidad de mercado, y de un «retranqueo» de dichas garantías hacia el ordenamiento jurídico comunitario europeo o, lo que es lo mismo, dada su necesaria incorporación, al plano de la legalidad ordinaria (213). Vamos, pues, a comentar muy brevemente tres enunciados de la jurisprudencia constitucional de estos últimos años relacionados con esa hipótesis.

1. Superación de los estándares constitucionales de protección de la libertad de empresa por la Ley de garantía de la unidad de mercado

Dice la STC 79/2017, de 22 de junio [FJ 4 b)], sobre la Ley 20/2013, de garantía de la unidad de mercado, que «[e]n este punto, el artículo 5 [de la ley] supone el sometimiento de todas aquellas regulaciones públicas que

(211) STC 87/2019, de 20 de junio de 2019, sobre la Ley catalana 16/2017, de 1 de agosto, del cambio climático [FJ 10 c)].

(212) *Vid., supra*, apartados III.5, IV.4 y V.4.

(213) En términos más generales y de manera más autorizada, E. ALBERTÍ advertía ya hace tiempo (2012: 93) del «progresivo desplazamiento del marco constitucional [en temas económicos] por el marco europeo»: «El derecho de la Unión Europea (...) penetra, se incorpora y condiciona el marco jurídico interno en el que se desenvuelve la intervención pública en la economía (...), hasta el punto de que puede observarse un progresivo, o a veces brusco desplazamiento del marco constitucional interno por el nuevo marco comunitario europeo, que en realidad viene a sustituir en algunos relevantes aspectos al marco constitucional, ocupando su lugar».

limiten o condicionen el libre acceso y el libre ejercicio de las actividades económicas *a un escrutinio más incisivo que aquel que se deriva directamente del artículo 38 CE*» (la cursiva es nuestra).

La sentencia («en este punto») se refiere al principio de proporcionalidad, pero lo mismo valdría decir de la limitación que impone el propio artículo 5 de los objetivos que pueden perseguir tales regulaciones a «razones imperiosas de interés general», es decir, a objetivos de carácter no económico (214). Y esa misma superación de las garantías constitucionales de la libertad de empresa, en ambos planos, valdría predicarla también de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, por la que se incorpora la Directiva de servicios, a la que el propio art. 5 de la Ley 20/2013 remite expresamente y con la que esta ley se encuentra en línea de continuidad, ampliando su ámbito de aplicación (215).

Toda esta legislación básica (amparada en el art. 149.1.13 CE) protectora de la «libertad de empresa» procede directa o indirectamente (a través de la Directiva de servicios) de la interpretación por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea del alcance de las libertades de circulación reconocidas en los Tratados (en la actualidad, el TFUE) (216). No parece, pues, exagerado decir que lo que nuestra jurisprudencia constitucional considera garantías superiores a las constitucionalmente exigibles imputables a la existencia (coyuntural) de una legislación básica aprobada en uso del art. 149.1.13 CE (garantía «dinámica»), son en realidad garantías («estructurales») derivadas de nuestra pertenencia a la Unión Europea y aun de la «Constitución» europea (el TFUE).

Que bajo el solo paraguas de la Constitución española (art. 38 CE) la libertad de empresa se encontraría menos protegida parece indudable en relación con los objetivos de interés general susceptibles de justificar limitaciones a dicha libertad, que podrían ser perfectamente de naturaleza económica (por eje., protección de ciertos sectores económicos) (217). Lo que no parece tan claro es que el simple control de proporcionalidad (de las medidas restrictivas, cualesquiera que sean sus fines legítimos) haya de quedar extramuros de las garantías directamente dispensadas por la Constitución y remitido a la existencia de una legislación básica que así lo impone, de carácter puramente coyuntural (218).

(214) STC 79/2017 [FJ 7 a)].

(215) STC 79/2017 [FJ 4 a)].

(216) En este sentido, también G. GARCÍA-ÁLVAREZ (2018: 241).

(217) Esta era, como vimos, la cuestión de fondo planteada por la Junta de Andalucía en su recurso frente a la Ley 20/2013, resuelto por la STC 111/2017 (FJ 4).

(218) Esta es, no obstante, la tesis que subyace al trabajo ya citado de T. DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI (2008). Muy críticos, sin embargo, con la exclusión del principio de proporcionalidad de las garantías que proporciona el art. 38 CE, C. PAZ-ARES RODRÍGUEZ y J. ALFARO ÁGUILA-REAL (2018: 1262).

Pero esta es, desde luego, la posición del Tribunal Constitucional, ya firmemente asentada, y un magnífico ejemplo de la misma es la STC 89/2017, de 4 de julio, sobre las cuotas de distribución y exhibición de cine en catalán (219).

2. Rebaja correlativa de los estándares constitucionales de protección del derecho de propiedad

La STC 112/2021, de 13 de mayo (FJ 6), sobre la Ley murciana 3/2020, de 27 de julio, de recuperación y protección del Mar Menor, dice lo siguiente: «Así pues, ni en la delimitación de la función social de la propiedad (art. 33.2), ni en la regulación del ejercicio de actividades económicas (art. 38), el legislador está sujeto *ex Constitutione* al test de proporcionalidad que invocan los recurrentes, sino a un canon de justo equilibrio, razonabilidad o adecuación de las medidas al objetivo perseguido, y al respeto del contenido esencial de ambos derechos (art. 53.1 CE)».

No vamos a extendernos en este asunto, que se aleja mucho más del objeto de este trabajo. Baste simplemente con dejar constancia de que esa relajación de las exigencias constitucionales relativas a la libertad de empresa se extiende al derecho de propiedad (es decir, a todos los derechos constitucionales «de contenido patrimonial»), no desde luego en relación con las garantías expropiatorias, que se mantienen incólumes, pero sí en relación con las limitaciones o delimitaciones del derecho de propiedad por razones de interés general (función social), que tampoco están sujetas ya a un control de proporcionalidad, sino a otros más livianos (220).

3. Reducción del art. 139.2 CE a las medidas proteccionistas

Por fin, una muestra final de esa desprotección constitucional directa de la libertad de empresa y sus corolarios (libertades de circulación) y su práctica encomienda a la dispensada por el ordenamiento comunitario, la ofrece la nueva interpretación restrictiva del alcance del art. 139.2 CE que hace la ya mencionada STC 111/2017, de 5 de octubre [FJ 4 a)], en la que se puede leer

(219) Dictada en el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por más de cincuenta diputados del Grupo Parlamentario Popular en el Congreso en relación con diversos preceptos de la Ley del Parlamento de Cataluña 20/2010, de 7 de julio, del cine. La sentencia (FFJJ 7 a 13) somete a interpretación conforme ciertos preceptos de la Ley tras un detallado examen de los mismos a la luz del principio de proporcionalidad (en sus tres escalones) en tanto que recogido en el art. 5 de la Ley 20/2013 (precepto básico *ex art.* 149.1.13 CE), omitiendo en cambio ese examen en la alegación de una supuesta vulneración del art. 38 CE, que se rechaza (FFJJ 14 y 15).

(220) Doctrina que proviene ya de la STC 16/2018, de 22 de febrero (FJ 17), sobre la Ley Foral 24/2013, de medidas urgentes para garantizar el derecho a la vivienda en Navarra, y de la que dio noticia tempranamente J.M. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO (2018: 1162).

lo siguiente: «El artículo 139.2 CE asegura la libre circulación de mercancías y personas en todo el territorio español. Proscribe con ello las regulaciones o medidas de signo proteccionista (...). *Consecuentemente, bajo el prisma del artículo 139.2 CE, cobra relevancia una única modalidad de límite o condición a la libertad empresarial: la que favorece a productos u operadores de un territorio en detrimento de los de otros lugares*» (la cursiva es nuestra).

De nuevo, si esta interpretación se afianza, buena parte de las garantías constitucionales de la libre circulación (la exigencia de proporcionalidad de las regulaciones autonómicas productoras de obstáculos) quedarían retranqueadas al plano de la legalidad ordinaria (Ley de garantía de la unidad de mercado) o bien simplemente al ámbito comunitario europeo (221).

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- ALBERTÍ I ROVIRA, Enoch (1993): *Autonomía política i unitat econòmica (les dimensions constitucional i europea de la lliure circulació i de la unitat de mercat)*, Barcelona, Institut d'Estudis Autonòmics, 291 pp.
- (1995): *Autonomía política y unidad económica (las dimensiones constitucional y europea de la libre circulación y de la unidad de mercado)*, Madrid, Civitas, 307 pp.
- (2012): «Criterios constitucionales de la intervención pública en la economía», en *La Constitución económica (XVII Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional)*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales/Tribunal Constitucional, pp. 77-105.
- (2018): «Artículo 139», en M. Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer y M.E. Casas Baamonde (Dir.), *Comentarios a la Constitución española*, Madrid, Wolters Kluwer, Tomo II, pp. 1005-1013.
- ALENZA GARCÍA, José Francisco (2022): «Objeto y finalidad de la nueva ley de residuos. Los conceptos de residuo, de subproducto y de fin de la condición de residuo (arts. 1 a 6)», en J. Pernas García (Dir.), *Estudio sistemático sobre la Ley 7/2022, de 8 de abril, de residuos y suelos contaminados para una economía circular*, Monografía XXI de esta REVISTA, pp. 29-64.
- ALONSO MAS, M^o José (Dir.) (2014a): *El nuevo marco jurídico de la unidad de mercado (comentario a la Ley de garantía de la unidad de mercado)*, Madrid, La Ley, 981 pp.

(221) «La Constitución exige poco (muy poco, tras la "jibarización" a la que el TC ha sometido al art. 139) pero posibilita mucho al legislador estatal» [A. CIDONCHA MARTÍN (2018: 333)].

- (2014b): «El marco comunitario: las libertades de establecimiento y prestación de servicios», en M^o.J. Alonso Mas (Dir.), *El nuevo marco jurídico de la unidad de mercado (comentario a la Ley de garantía de la unidad de mercado)*, Madrid, La Ley, pp. 45-84.
 - (2014c): «La eficacia de los títulos habilitantes en todo el territorio nacional y la aplicación de la regla del lugar de origen», en M^o.J. Alonso Mas (Dir.), *El nuevo marco jurídico de la unidad de mercado (comentario a la Ley de garantía de la unidad de mercado)*, Madrid, La Ley, pp. 293-353.
- ÁLVAREZ GARCÍA, Vicente (1999): *La normalización industrial*, Universidad de Valencia, 471 pp.
- ARIZA DOLLA, Guillermo (1989): *Barreras técnicas al comercio (normalización, homologación y certificación de productos)*, Madrid, ESIC Editorial, 228 pp.
- BELTRÁN CASTELLANOS, José Miguel (2022): «Reducción del impacto de productos plásticos en el medio ambiente» en A. Palomar Olmeda y A. Descalzo González (Dir.), *Comentarios a la Ley de Residuos y Suelos Contaminados para una Economía Circular*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi (en prensa).
- BORRÁS, Susana (2021): «Regulación del comercio internacional y economía circular: los acuerdos de libre comercio y la transición hacia la economía circular en la Unión Europea», en A. Nogueira López y X. Vence Deza (Dir.), *Redondear la economía circular. Del discurso oficial a las políticas necesarias*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, pp. 327-357.
- CIDONCHA MARTÍN, Antonio (2018): «El Tribunal Constitucional y la Ley de garantía de la unidad de mercado. comentario a la STC 79/2017, de 22 de junio de 2017», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 114, pp. 301-336.
- DAUSES, Manfred A. (1994): «La prohibición de las medidas de efecto equivalente a las restricciones cuantitativas a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Justicia», en *Gaceta Jurídica de la C.E.*, D-22, pp. 269 y ss.
- DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, Tomás (2008): *Mercado nacional único y constitución (los artículos 149.1.1 y 139 de la Constitución)*, Madrid, Centro de estudios políticos y constitucionales, 226 pp.
- DE MIGUEL ASENSIO, Pedro Alberto (2007): «Prohibiciones de la publicidad del tabaco: impacto de la armonización europea e internacional», en *La Ley*, núm. 1, pp. 1811-1824.
- FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, Dionisio (2021): «Avances en la economía circular: nueva legislación sobre residuos y plásticos», en *Actualidad Jurídica Ambiental*, núm. 108, pp. 1-45.
- FERNÁNDEZ FARRERES, Germán (2014): «Unidad de mercado y libertades de empresa y de circulación en la Ley 20/2013, de 9 de diciembre», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 163, pp. 109-144.

- GARCÍA-ÁLVAREZ, Gerardo (2018): «Mercado único y protección ambiental», en G. García-Alvarez (Dir.), *Mecanismos económicos y de mercado para la protección ambiental*, Monografía XIX de esta REVISTA, Zaragoza, pp. 239-269.
- GONZÁLEZ-VAQUÉ, Luis (2012): «Libre circulación de mercancías: no todo es perfecto», en *Revista Aranzadi Unión Europea*, núm. 10, pp. 31-56.
- GUILLÉN NAVARRO, Nicolás Alejandro (2018): «Unidad del mercado interior, normalización industrial, etiquetas ecológicas y sistemas de gestión y auditoría medioambientales», en G. García-Alvarez (Dir.), *Mecanismos económicos y de mercado para la protección ambiental*, Monografía XIX de esta REVISTA, Zaragoza, pp. 271-328.
- JOILET, René (1995): «La libre circulación de mercancías: la Sentencia Keck y Mithouard y las nuevas orientaciones de la jurisprudencia», en *Gaceta Jurídica de la C.E.*, D-23, pp. 7 y ss.
- KUCHARZ, Tom (2021): «Comercio internacional desigual y emergencia ambiental. El Acuerdo de asociación Unión Europea-Mercosur: un ejemplo del régimen comercial extractivista y entrópico», en A. Nogueira López y X. Vence Deza (Dir.), *Redondear la economía circular. Del discurso oficial a las políticas necesarias*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, pp. 359-396.
- LÓPEZ ESCUDERO, Manuel (1991): *Los obstáculos técnicos al comercio en la Comunidad Económica Europea*, Universidad de Granada, 489 pp.
- LÓPEZ PÉREZ, Fernando (2018): «El impuesto sobre los grandes establecimientos comerciales y el Derecho Comunitario: Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 26 de abril de 2018», en G. García-Alvarez (Dir.), *Mecanismos económicos y de mercado para la protección ambiental*, Monografía XIX de esta REVISTA, Zaragoza, pp. 379-413.
- LOZANO CUTANDA, Blanca y POVEDA GÓMEZ, Pedro (2018): «Real Decreto 293/2018 sobre reducción del consumo de bolsas de plástico», en *Actualidad Jurídica Ambiental*, núm. 80, pp. 1-8.
- (2019): «Directiva (UE) 2019/904, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la reducción de determinados productos de plástico en el medio ambiente» en *Actualidad Jurídica Ambiental*, núm. 93, pp. 1-14.
- MANZANO SILVA, Elena (2022): «El impuesto especial sobre envases de plástico no reutilizables (arts. 67 a 83)», en J.J Pernas García (Dir.), *Estudio sistemático sobre la Ley 7/2022, de 8 de abril, de residuos y suelos contaminados para una economía circular*, Monografía XXI de esta REVISTA, pp. 415-494.
- MARTÍN MATEO, Ramón y ROSA MORENO, Juan (1998): *Nuevo ordenamiento de la basura*, Madrid, Trivium, 225 pp.
- MATTERA, Alfonso (1991): *El mercado único europeo (sus reglas, su funcionamiento)*, Madrid, Civitas, 781 pp.

- MUÑOZ MACHADO, Santiago (2014): «Sobre el restablecimiento legal de la unidad de mercado», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 163, pp. 11-22.
- NOGUEIRA LÓPEZ, Alba (2021): «Intervención pública y límites del mercado en la transición a la economía circular», en A. Nogueira López y X. Vence Deza (Dir.), *Redondear la economía circular. Del discurso oficial a las políticas necesarias*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, pp. 97-132.
- OLIVER, Peter (1990): *Libre circulación de mercancías en la CEE (Artículos 30 a 36 del Tratado de Roma)*, Madrid, Banco Exterior de España, 468 pp.
- PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Cándido y ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús (2018): «Artículo 38», en M. Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer y M.E. Casas Baamonde (dirs.), *Comentarios a la Constitución española*, Madrid, Wolters Kluwer, Tomo I, pp. 1247-1274.
- PERNAS GARCÍA, J. José (2001): «Los principios de la política ambiental comunitaria y la libre circulación de mercancías», en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 5, pp. 599-627.
- (2022): «Responsabilidad ampliada del productor del producto: instrumento jurídico para el reparto social de los costes de la gestión de los residuos y el cumplimiento de los objetivos de circularidad (arts. 37 a 54, y 60)», en J.J Pernas García (Dir.), *Estudio sistemático sobre la Ley 7/2022, de 8 de abril, de residuos y suelos contaminados para una economía circular*, Monografía XXI de esta REVISTA, pp. 387-479.
- REBOLLO PUIG, Manuel (2015): «El Estado autonómico tras la Ley de garantía de la unidad de mercado y sus principios de necesidad y eficacia nacional», en *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 91, pp. 91-146.
- RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María (2018): «Artículo 33», en M. Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer y M.E. Casas Baamonde (dirs.), *Comentarios a la Constitución española*, Madrid, Wolters Kluwer, Tomo I, pp. 1147-1175.
- ROSA MORENO, Juan (1998): «Envases y residuos de envases», en R. Martín Mateo y J. Rosa Moreno, *Nuevo ordenamiento de la basura*, Madrid, Trivium, pp. 163-225.
- SANTAMARÍA ARINAS, René Javier (2022): «Principios de la política de residuos (arts. 7 a 11)», en J.J Pernas García (Dir.), *Estudio sistemático sobre la Ley 7/2022, de 8 de abril, de residuos y suelos contaminados para una economía circular*, Monografía XXI de esta REVISTA, pp. 65-95.
- SERRANO LOZANO, Rubén (2007): *El régimen jurídico de los residuos de envases*, Madrid, Dykinson, 299 pp.
- SOLA TEYSSIERE, Javier (2019): «Ordenación de las actividades económicas tras las sentencias del Tribunal Constitucional sobre la Ley de Unidad de Mercado», en *REALA (Nueva Época)*, núm. 11, pp. 29-55.

- SORO MATEO, Blanca (2022): «Reducción del impacto de determinados productos de plástico (arts. 55-62)», en J.J Pernas García (Dir.), *Estudio sistemático sobre la Ley 7/2022, de 8 de abril, de residuos y suelos contaminados para una economía circular*, Monografía XXI de esta REVISTA, pp. 481-523.
- TORNOS MAS, Joaquín (2014): «La ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado. En particular, el principio de eficacia», *Revista d'Estudis Autonòmics i Federals (REAF)*, núm. 19, pp. 144-177.
- VALENCIA MARTÍN, Germán (1993): *La defensa frente al neoproteccionismo en la Comunidad Europea*, Alicante, Cámara de Comercio, Industria y Navegación de Alicante, 292 pp.
- (2021a): «Jurisprudencia constitucional: protección de los animales, caza y bolsas de plástico», en G. García Álvarez, J. Jordano Fraga, B. Lozano Cutanda y A. Nogueira López (coords.), *Observatorio de políticas ambientales 2021*, Madrid, Ciemat, pp. 440-491.
 - (2021b): «Bolsas de plástico y unidad de mercado (comentario a la STC 100/2020)», en *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, núm. 49, pp. 169-182.
- WHITE, Eric L. (1989): «In Search of the Limits to Article 30 of the EEC Treaty», en *Common Market Law Review*, Vol. 26, núm. 2, pp. 235 y ss.

COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA EN EL EJERCICIO DE LABORES INSPECTORAS: ALGUNOS PROBLEMAS JURÍDICOS(*)

FRANCISCO JAVIER GALICIA MANGAS
Profesor asociado doctor de Derecho administrativo
Universidad de Zaragoza

SUMARIO: I. ANTECEDENTES Y EVOLUCIÓN DE LAS FÓRMULAS DE COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA EN EL EJERCICIO DE LABORES INSPECTORAS EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO.– II. RAZONES, CAUSAS Y FUNDAMENTOS LEGALES DE LA COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA EN EL EJERCICIO DE LABORES INSPECTORAS.– III. SOBRE LA NATURALEZA DE ESTA COLABORACIÓN Y SUS CONSECUENCIAS JURÍDICAS.– IV. MECANISMOS LEGALES PARA LA COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA EN ESTE ÁMBITO: 1. La técnica autorizatoria. 2. Las técnicas contractuales. 3. Las técnicas convencionales. V. CARACTERIZACIÓN DE LAS ENTIDADES COLABORADORAS: RASGOS DEFINITORIOS O CARACTERÍSTICOS DE ESTAS ENTIDADES. VI. RECLAMACIONES Y RECURSOS CONTRA LAS ACTUACIONES DE LAS ENTIDADES COLABORADORAS: 1. Consideraciones previas. 2. Fase de reclamación ante la entidad colaboradora. 3. Fase de recurso ante la Administración. 4. Impugnación de la resolución administrativa.– VII. A MODO DE CONCLUSIÓN.– VIII. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: Tras una breve introducción relativa a los antecedentes y evolución de las fórmulas de colaboración público-privadas en el ejercicio de labores inspectoras, el estudio se centra en algunos de los puntos que han sido objeto de mayor debate y análisis, como las razones y fundamentos legales de dicha colaboración, su naturaleza y consecuencias jurídicas, los mecanismos legales a través de los cuales se puede vehicular este tipo de relación, o las reclamaciones y recursos contra las decisiones de las entidades colaboradoras.

No se mencionan, pues, diversos aspectos como los relativos al procedimiento de habilitación, el régimen legal, la retribución de las entidades colaboradoras y otros que, dado el carácter fragmentario y excesivamente disperso de la normativa y las limitaciones de tiempo y de espacio de la tarea, hacen inviable su estudio.

Palabras clave: inspección; colaboración público-privada; problemas jurídicos.

ABSTRACT: After a brief introduction regarding the antecedents and evolution of public-private collaboration formulas in the exercise of inspection duties, the study focuses

(*) Trabajo recibido en esta REVISTA con fecha 18/05/2022 y evaluado favorablemente para su publicación el 02/06/2022.

on some of the points that have been the subject of greater debate and analysis, such as the reasons and legal grounds of such collaboration, its nature and legal consequences, the legal mechanisms through which this type of relationship can be conveyed, or the claims and appeals against the decisions of the collaborating entities.

Therefore, we haven't mentioned various aspects such as those related to the qualification procedure, the legal regime, the remuneration of the collaborating entities and others that, given the fragmentary and excessively dispersed nature of the regulations and the limitations of time and space of the task, make their study unfeasible.

Key words: *inspection; public-private collaboration; legal issues.*

I. ANTECEDENTES Y EVOLUCIÓN DE LAS FÓRMULAS DE COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA EN EL EJERCICIO DE LABORES INSPECTORAS EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO

La colaboración público-privada no es, ni mucho menos, un fenómeno novedoso, aunque bien nos lo pueda parecer por su creciente expansión y progresivo ámbito de actuación (1).

Ya en 1845, P. SAINZ DE ANDINO (2), aludía al ejercicio en el orden civil de la sociedad de «*atribuciones privadas que se hallan establecidas y reglamentadas por ley en beneficio común y servicio del Estado*». Completaba esta idea aludiendo al hecho de que dichas actividades debían tener por objeto un servicio público, ser instituidas legalmente, y tener establecidas en su norma de creación las atribuciones correspondientes. Pero, a diferencia del servicio prestado por funcionarios públicos, no existía estrictamente en dicha fórmula de colaboración un «*ejercicio de atribuciones peculiares de la acción gubernativa o administrativa del Estado*».

De esta idea derivó, y arraigó con posterioridad en nuestro país, el concepto de «*ejerciente privado de funciones públicas*», frecuente asimismo en el Derecho Europeo (3).

Algunas actividades profesionales actuales como notarios, comandantes de aeronaves, prácticos de puertos o agentes privados de seguridad, se integrarían sin dificultad en esta categoría anteriormente explicada (4).

(1) En esta misma idea insiste D. CANALS I AMETLLER (2003: 91 y 92), proponiendo ejemplos como los relativos a las entidades colaboradoras en la gestión urbanística, o las entidades bancarias y Cajas de Ahorros en relación con la recaudación de impuestos o la colaboración en la gestión tributaria.

(2) Véase P. SAINZ DE ANDINO (1845:144).

(3) Véase G. ZANOBINI (1955: 87 y ss.).

(4) Para un estudio más detallado de estas cuestiones, véase F. SAINZ MORENO (1983: 1699 a 1783).

Cierto es que el objeto de este estudio lo marca un ámbito concreto y definido de dicha colaboración, como es la labor inspectora, pero debe advertirse que no es posible ceñirse a una evolución puramente cronológica pues, como bien podrá observarse, se entremezclan en la normativa y en el tiempo, fórmulas de participación ciudadana, de colaboración, y los primeros atisbos de privatización de servicios y funciones públicas.

Y en este sentido, hasta fechas más recientes, la cooperación privada no solía ir más allá de la información o denuncia facilitada a la Administración en algunos supuestos, o de la simple participación ciudadana en asuntos públicos, como en el caso de la protección de animales domésticos, a través de sus asociaciones de protección y defensa, previa obtención del título de entidades colaboradoras, y mediante convenio con los ayuntamientos para la vigilancia e inspección de los establecimientos de venta, guarda o cría de animales domésticos (5).

En una fase evolutiva posterior nos encontramos con modelos en los que el peso de la responsabilidad inspectora sigue recayendo fundamentalmente sobre la Administración, sin perjuicio de la participación de entidades colaboradoras (6). Así, uno de los primeros antecedentes de nuestro Ordenamiento jurídico podemos encontrarlo, probablemente, en el Decreto 833/1975, de 6 de febrero, por el que se desarrolló la Ley 38/1972, de Protección del Ambiente Atmosférico, y en cuyo art. 80 se establecía que «en el ejercicio de las funciones inspectoras, en materia de contaminación, los Organismos que las tienen atribuidas podrán contar con la asistencia de Entidades Colaboradoras creadas en el seno de Organismos y Entidades de carácter público» (7).

Pero el paso decisivo se observa, no en esa simple participación o colaboración, sino en la progresiva privatización de servicios y funciones públicas que conllevan un ejercicio directo de la función inspectora por sujetos privados y, normalmente, con un interés empresarial de fondo.

Y de ello encontramos un amplio desarrollo, sobre todo, en tres sectores, a saber, el sector relativo a los medios de transporte; el sector de la seguridad industrial y el sector ambiental, todo ello normalmente, en estrecha conexión con el Derecho Comunitario Europeo.

Comenzando por el primero de los sectores citados, el de los medios de transporte, el fenómeno más conocido, sin duda, es el de la inspección

(5) Véase el art. 22.1.e de la Ley 8/1991, de 30 de abril, de Protección de los Animales de Canarias. Igualmente, el art. 24.2.d de la Ley 6/1993, de 29 de octubre, de Protección de los Animales del País Vasco. Pero no todas las CCAA lo aplican, y en casos como el de Baleares se excluye expresamente ex art. 38.2 de la Ley 1/1992, de 8 de abril, de Protección de los Animales que viven en el entorno humano.

(6) Véase D. CANALS I AMETLLER (2003: 111 y 112).

(7) Para más información véase D. CANALS I AMETLLER (2003: 113 a 115).

técnica de vehículos (ITV) (8). Y su primera plasmación tuvo lugar en el RD 3273/1981 (9), de 30 de octubre, en cuyo art. 6, en relación con las inspecciones periódicas de vehículos, ya se establecía que las mismas podían pasarse en «*las Estaciones ITV del Ministerio de Industria y Energía o, en su caso, de los Servicios de Industria de los Entes Autonómicos, o en las de las Entidades colaboradoras del Ministerio de Industria y Energía, expresamente autorizadas a tal fin*».

Del mismo sector del transporte, pero en materia de buques, puede citarse la Ley 27/1992 (10), de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, que estableció la inspección y control técnico de los mismos «*bien directamente por el Ministerio de Obras Públicas y Transportes o bien a través de Entidades colaboradoras, en los términos que reglamentariamente se establezcan*» (art. 86.5).

Por su parte, en materia de seguridad industrial, la Ley 21/1992, de 16 de julio, de Industria en su art. 20.4 ya hizo referencia al fomento de «*la existencia de Entidades de Acreditación, certificación, inspección y ensayo con demostrada capacidad técnica para que puedan ser reconocidas a nivel comunitario e internacional*».

Por último, en materia de protección ambiental, terreno estrechamente ligado muchas veces al de la seguridad industrial (11), la legislación de las CCAA (12) fue poco a poco sustituyendo el régimen establecido en el RD 2414/1961, de 30 de noviembre, por el que se aprobó el Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas (y con ello la inspección administrativa previa), por la certificación de un técnico competente, acreditativa de la adecuación de la actividad desarrollada, en relación con

(8) Siempre en estrecha relación, como se decía, con el Derecho Comunitario. Véanse las Directivas 77/143/CEE, de 29 de diciembre; 96/96/CE, de 20 de diciembre; 2009/40/CE, de 6 de mayo; y 2014/45/UE, de 3 de abril, en cuyo art. 4.2 se dispone que «*Las inspecciones técnicas las realizará el Estado miembro de matriculación del vehículo, a través de un organismo público encargado por dicho Estado miembro de este cometido o de unos organismos o establecimientos designados y supervisados por dicho Estado miembro, que podrán ser organismos privados autorizados para ello*».

(9) Le antecedió no obstante el RD 3073/1980, de 21 de noviembre, por el que se reorganizaban los servicios de ITV, y en cuya DA única ya se citan las entidades colaboradoras.

(10) En el mismo sentido la Directiva 94/57/CE, de 22 de noviembre que permite delegar las facultades de inspección y control en las conocidas como «*sociedades de clasificación*» (art. 3.2) y, sobre todo, somete a los Estados al principio de no discriminación, impidiendo su negativa, salvo excepciones, al ejercicio de tales funciones por parte de toda organización reconocida y establecida en la UE.

(11) Véase art. 9.1 de la Ley 21/1992, de Industria.

(12) Aquí la normativa es muy variada, pero pueden verse como referencia el Decreto 153/1996, de 30 de abril, de la Junta de Andalucía, por el que se aprueba el Reglamento de Informe ambiental (art. 32.1); y La Ley 7/1997, de 11 de agosto, de Protección contra la contaminación acústica de Galicia (art. 4.5), ya derogada.

la autorización o informe ambiental emitidos, y sin perjuicio de las posteriores visitas administrativas de inspección y comprobación.

Y el ejemplo más significativo se produjo en la legislación catalana, con la promulgación de la ya derogada Ley 3/1998, de 27 de febrero, de Intervención integral de la Administración ambiental, en virtud de la cual, las inspecciones administrativas, tanto iniciales como de seguimiento de las empresas potencialmente contaminadoras, fueron sustituidas por la obligación de presentar un informe de inspección de forma periódica, realizado por una entidad colaboradora, y a costa del titular de la instalación (arts. 43.1.b y 44.3).

De igual forma, en este ámbito ambiental, la legislación comunitaria ha previsto la posibilidad de delegación de tareas de inspección, bajo la autoridad y supervisión de las Administraciones competentes, a favor de cualquier persona jurídica de derecho público o privado, con la condición de que no exista interés personal en las inspecciones desarrolladas (13).

No son, ciertamente, los únicos sectores a los que se extiende esta práctica (14), pero sí, los más relevantes.

No existe, hasta la fecha, una regulación general de esta cuestión, ni en el ámbito estatal ni en el autonómico, con la única excepción de la Ley 26/2010, de 3 de agosto, de régimen jurídico y de procedimiento de las administraciones públicas de Cataluña en cuyo título VII, relativo a las potestades de inspección y control, se incluye un capítulo completo (capítulo II, arts. 91 a 101) dedicado a las entidades colaboradoras.

II. RAZONES, CAUSAS Y FUNDAMENTOS LEGALES DE LA COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA EN EL EJERCICIO DE LABORES INSPECTORAS

Vistos los antecedentes y la evolución normativa de este *modus operandi* colaborativo, interesa preguntarse ahora por las razones o causas que lo han generado, y provocado su evolución y consolidación.

Y creo que en este sentido puede ser procedente distinguir entre unas razones o causas de orden práctico, y unas razones o fundamentos de carácter jurídico, que la amparan o justifican.

(13) Una muestra de ello se encuentra en la Recomendación del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de abril de 2001 sobre criterios mínimos en las inspecciones medioambientales en los Estados miembros (art. 4.b).

(14) Otros ámbitos en los que se prevé la intervención privada en labores inspectoras son las telecomunicaciones, el turismo, los espectáculos públicos y actividades recreativas, los servicios sociales o las actividades de fomento o dispensación de ayudas públicas. Sobre el particular puede verse S. FERNÁNDEZ RAMOS (2002: 507 a 509).

Entre las primeras se suele citar de modo recurrente el principio de eficacia en la actuación administrativa (15). Y no es desdeñable esta teoría, dada la creciente intervención de la actividad administrativa en multitud de sectores, su progresiva complejidad técnica y la imposibilidad de atender a las citadas actuaciones, con los escasos recursos disponibles (16). Dichas actuaciones suelen estar relacionadas, especialmente en el campo de la actividad inspectora, con la necesidad de adoptar ciertas decisiones concernientes, muy a menudo, a los riesgos tecnológicos (17). A esta circunstancia, han hecho referencia asimismo tanto alguna normativa (18) como la propia jurisprudencia (19).

Unido a ello va, asimismo, principalmente por mor de las recientes crisis económicas sufridas (20), el principio de eficiencia, es decir, la posibilidad de proveer más servicios con los recursos de los que efectivamente se dispone, con el fin principal de evitar el crecimiento desmesurado del gasto público (21). En este sentido S. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ (22) llega a afirmar que *«en este proceso no han de olvidarse condicionamientos de tipo económico, que pueden llegar a pesar sobre los dogmas jurídicos»*.

Por último, cabe considerar asimismo el hecho del traslado a la entidad colaboradora de la responsabilidad derivada de la función de control e inspección, y la asunción de los costes de dicha tarea por los sujetos sometidos a la misma, cuestiones ambas que reportan una importante ventaja para la Administración.

(15) Véanse, entre otros, G. FERNÁNDEZ FARRERES (1998: 47); S. FERNÁNDEZ RAMOS (2002: 510); y A. GALÁN GALÁN y otros (2020:14).

(16) D. CANALS I AMETTLER (2003: 84, 92 y 94), insiste en esta idea de distintas maneras, como la siguiente: *«(...) la Administración pública recurre a los particulares porque mediante sus propios medios materiales y personales se ve incapaz de prestar, con la eficacia requerida, el abanico de intervenciones que la sociedad postindustrial le solicita, pues no dispone de la suficiente organización ejecutora de tales intervenciones»*.

(17) Véase D. CANALS I AMETTLER (2003: 92).

(18) Véase la Exposición de motivos de la Ley 21/1992, de Industria.

(19) Véanse las SSTs de 13 de octubre de 1997 y de 28 de octubre de 1997. En la primera de ellas se advierte (FD 4^o) que *«si bien tradicionalmente estas funciones, a diferencia de los servicios públicos, se ejercían por la Administración, lo cierto es que, como se ha preocupado de poner de manifiesto la doctrina, el orden público se encuentra en proceso de privatización ante la impotencia de aquella para una gestión eficaz de las funciones de soberanía, acudiendo con frecuencia, a la colaboración de la empresa privada»*.

(20) En nuestro pensamiento están presentes las dos grandes crisis sufridas recientemente, la económica de 2008 y la derivada de la pandemia mundial por COVID 19.

(21) Véase el preámbulo del Decreto de la Junta de Castilla y León 126/1988, de 23 de junio por el que se organiza el servicio público de ITV.

(22) Véase S. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ (1997: 203 a 220).

Abordando ya las cuestiones y fundamentos de orden jurídico no debemos perder en ningún momento de vista el hecho de la integración de nuestro país en la UE, y la consiguiente necesidad de construcción del mercado único europeo (23). Tal y como se especificó en el epígrafe anterior, una buena parte de los precedentes normativos abordados (y por supuesto también la normativa vigente) han mantenido y mantienen una estrecha conexión con el Derecho comunitario, y con la necesidad de respetar sus principios fundamentales como la libre competencia o la prohibición de las restricciones a la libre circulación de personas, bienes, servicios, y capitales.

Pero el ejercicio de la labor de colaboración por entidades privadas presenta además una dificultad añadida en este caso concreto. Efectivamente, la inspección es, sin lugar a duda, una de las potestades administrativas esenciales, y es preciso averiguar si es o no disponible y, en su caso, en virtud de qué título.

Como bien afirma D. CANALS I AMETLLER, *«la legitimidad del trasvase de poderes de decisión y declaración a la esfera privada (...) no puede apoyarse, desde los principios imperantes en el Estado de Derecho, en la presumible autoridad técnica que ostentan las organizaciones técnico-privadas y sus expertos (...) El Estado en definitiva, no puede ceder ese poder de decisión —que implica el ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos— a instancias privadas sin el instrumento preceptivo de la legitimidad democrática característico del Estado Democrático, esto es, la Ley»*.

Considerada así la potestad como la facultad de actuación reconocida por el ordenamiento jurídico a los órganos de las Administraciones Públicas, y la competencia como la titularidad de una potestad, podemos formular las siguientes observaciones: por un lado, siguiendo a E. GARCÍA DE ENTERRÍA y TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ (24), dado su *«origen legal y no negocial, las potestades son inalienables, intransmisibles e irrenunciables (...) El titular de la potestad puede ejercitarla o no, pero no puede transferirla; la propia Ley puede, a lo sumo, permitir su delegación de ejercicio»*. Por otro, y conforme al art. 8.1 de la Ley 40/2015 LRJSP, *«la competencia es irrenunciable y se ejercerá por los órganos administrativos que la tengan atribuida como propia, salvo los casos de delegación o avocación, cuando se efectúen en los términos previstos en ésta u otras leyes»*. Esto nos permite llegar fácilmente a una conclusión, aceptada generalmente por la doctrina (25): la participación de entidades

(23) D. CANALS I AMETLLER (2003: 139 y ss.) pone como ejemplo la Ley 21/1992, de 16 de julio, de Industria, que tiene como objetivo adaptar la normativa española tras nuestra integración en el mercado único europeo.

(24) Véanse E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T-R FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (2020: 487 y 488).

(25) Véase S. FERNÁNDEZ RAMOS (2002: 515); o M. VILALTA REIXACH, en A. GALÁN GALÁN, y otros (2020:27).

colaboradoras en el ejercicio de funciones públicas hace exigible en todo caso una habilitación legal expresa.

Esta necesidad puede suscitar dificultades para procurar fórmulas colaborativas en el ámbito de las CCAA, cuando sólo poseen competencias ejecutivas en relación con alguna materia, y en el caso de las entidades locales, dada su falta de potestad legislativa. No obstante, en el caso de las CCAA, la doctrina del TC (26) ha avalado el hecho de que la competencia ejecutiva incluye las potestades organizatorias, y ello es extensible, con matices, a las entidades colaboradoras en las que delegan funciones públicas. Para las entidades locales, la doctrina (27) no considera adecuado hacer una aplicación rígida de la reserva de ley, sino más bien del principio de autonomía local y del carácter democrático y representativo del Pleno, entendiéndolo como suficiente una mera remisión normativa legal en términos amplios o genéricos, para dar cobertura legal a esta posibilidad.

III. SOBRE LA NATURALEZA DE ESTA COLABORACIÓN Y SUS CONSECUENCIAS JURÍDICAS

Se ha hecho referencia constante, a lo largo del estudio, a la colaboración público-privada en el ejercicio de funciones inspectoras, pero sin prejuzgar con ello su verdadera naturaleza y consecuencias, y no es esta una cuestión baladí.

Bien podría parecernos que, en su origen, la cuestión y su problemática, parten de lo que la doctrina jurídica ha venido denominando como la *summa divisio*, es decir, la distinción entre Derecho público y privado, presente tradicionalmente, como afirma F. VELASCO CABALLERO (28), en la cultura jurídica occidental. Sin embargo, como asimismo sostiene el citado autor, «*las distintas formas de colaboración público-privada no guardan relación directa con la distinción entre Derecho público y Derecho privado. Más bien, las formas de colaboración público-privada hacen referencia a la apertura de la Administración a la participación, de muy diversas formas, de los sujetos privados (...) de ahí que, aunque pueda parecer paradójico, los fenómenos de colaboración público-privada producen transformaciones y adaptaciones en el Derecho público, no una nueva delimitación de linderos entre el Derecho público y el Derecho privado*» (29).

De forma más precisa si cabe, F. VELASCO CABALLERO (30) distingue, en el marco de la teoría de la *summa divisio*, dos hipótesis de trabajo: «*el ejercicio*

(26) Véase STC 243/1994, de 21 de julio (FJ 4º).

(27) Véase S. FERNÁNDEZ RAMOS (2002: 517).

(28) Véase F. VELASCO CABALLERO (2014: 21).

(29) Véase F. VELASCO CABALLERO (2014: 24).

(30) Véase F. VELASCO CABALLERO (2014: 141).

de funciones inspectoras y certificantes por entidades colaboradoras en el marco de una intensa dirección, control y poder de decisión de la Administración, y la actuación de las entidades colaboradoras de forma inmediata como Administración pública». No obstante, en ambos casos, sostiene el autor que la garantía de cumplimiento de los correspondientes deberes recae sobre la Administración pública competente, y por ello podemos hablar, sin lugar a duda, de regulación jurídico-pública.

Así pues, retomando de nuevo la cuestión central planteada en este estudio, y partiendo de la hipótesis formulada por F. VELASCO CABALLERO en virtud de la cual cabe sostener que únicamente nos encontramos ante «transformaciones y adaptaciones del Derecho público» (31), podemos decir que, doctrinalmente, nos movemos entre dos sectores o posturas contrapuestas que, en esencia, se defienden con sólida argumentación, tanto en un caso como en otro.

Por una parte, está el sector (32) que defiende el hecho de que la actividad de las entidades colaboradoras no supone ejercicio de una función pública *stricto sensu*, sino mero desenvolvimiento de una actividad de simple auxilio o complemento técnico, de recogida de datos, de control o inspección preparatoria de una posterior resolución administrativa, y por tanto su actividad es meramente declarativa y sin poder coactivo directo (33).

Por otra, encontramos autores (34) que defienden que esta colaboración, a pesar de la inexistencia de un régimen uniforme que la regule, supone una

(31) Para F. VELASCO CABALLERO (2014: 139 y 140), no cabe duda de que nos encontramos ante fórmulas de Derecho público pues, tanto la comprensión objetiva de la *summa divisio*, como la comprensión del binomio público-privado según la organización de cumplimiento de las normas, lo apoyarían. La primera de estas hipótesis, es decir, la comprensión objetiva de la *summa divisio* sostendría que «allí donde las normas presentan una especial sustancia o sentido: por su búsqueda de un concreto y cualificado interés general o porque regulan situaciones de sumisión o subordinación entre sujetos (...), en la medida en que las actividades de los particulares sirvan a un fin de interés general, o que ciertos sujetos privados ocupen la posición de supremacía que antes ocupaba la Administración (en relación con otros particulares) podría hablarse sin dificultad de Derecho público». La segunda de las hipótesis citadas, es decir, la relativa a la organización de cumplimiento de las normas, destaca que «la regulación de las actividades de interés general desarrolladas por particulares presentaría un cierto grado de iuspublicidad. Porque, aunque las normas de conducta se dirigen a sujetos privados que se relacionan entre sí, la efectividad de ese Derecho se apoya, fundamentalmente, sobre la Administración (...)».

(32) Véanse E. ARANA GARCÍA (1999: 33); y C. PADRÓS REIG (2001: 22 y ss.).

(33) Para F. VELASCO CABALLERO (2014:141), «lo relevante no es si las entidades colaboradoras ejercen simples funciones materiales o si emiten certificaciones con valor cuasi decisorio. Y no es necesario afirmar que la actividad colaboradora es "ejercicio de poder público", pues lo importante es que para asegurar el cumplimiento de los deberes técnicos de los particulares contamos con una Administración pública como garante del cumplimiento de las leyes».

(34) Véanse S. FERNÁNDEZ RAMOS (2002: 530); y M. IZQUIERDO CARRASCO (2000: 463 a 467). En el mismo sentido D. CANALS I AMETLLER (2003: 230) afirma rotundamente que «(...) las

participación en el ejercicio de una función pública, precisamente en sustitución de la Administración, de forma tal que la actuación de la entidad colaboradora tendría el mismo valor jurídico que la realizada directamente por la propia Administración titular de la competencia (35).

Harto difícil resulta, como ya se advertía, decantarse a favor de una u otra tesis, pues ambas proponen sólidas argumentaciones, y se refieren, asimismo, a ámbitos y sectores muy diversos.

Quienes defienden que la actividad de las entidades colaboradoras no supone ejercicio de una función pública, se apoyan tanto en argumentos legales como jurisprudenciales.

Entre los argumentos legales destacan los siguientes: por un lado, el impedimento en el ámbito de la contratación pública para que puedan gestionarse de manera indirecta poderes públicos de conformidad con los arts. 17 y 284 (36) de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre (LCSP). Ahora bien, este argumento, en realidad, lo único que vendría a limitar es la utilidad de las vías contractuales como fórmula jurídica adecuada para encomendar a las entidades colaboradoras el ejercicio de funciones públicas. Por otro, la reserva realizada por el art. 9.2 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el TREBEP, en el que se dispone que *«el ejercicio de las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas (...) corresponden exclusivamente a los funcionarios públicos»*. No obstante, este precepto, de manera aislada, no impide el ejercicio directo por las entidades colaboradoras privadas de funciones públicas, pero, en la medida

funciones de control, inspección y certificación que ejercen los agentes privados en el nuevo sistema de control de los riesgos de la técnica se caracterizan por ser funciones de marcado contenido jurídico; son inspecciones jurídicas, esto es, inspecciones del cumplimiento de las leyes, de normas jurídicas en las cuales es consustancial la inspección técnica. Se trata, en definitiva, de una “inspección plena”.

(35) Así D. CANALS I AMETLLER (2003: 300) sostiene que *«los sujetos privados no ejecutan una prestación material o técnica cumpliendo las órdenes, instrucciones y decisiones previas de la Administración pública. Todo lo contrario, los particulares emiten sus declaraciones con base en los controles e inspecciones por ellos realizados, y son aquellas, con posterioridad, admitidas y ejecutadas por la Administración como si de sus propias declaraciones y decisiones se tratara. Es la actividad jurídico-administrativa la que se cede a instancias privadas, con indiscutibles efectos públicos»*. En el mismo sentido F. VELASCO CABALLERO (2014: 142), afirma que *«(...) en ocasiones las entidades colaboradoras ejercen directamente funciones administrativas y, en esta medida, se pueden considerar también como “organizaciones de cumplimiento” de las normas (...) entidades colaboradoras que, a estos efectos, son consideradas por las leyes (o por la jurisprudencia) como Administración pública»*.

(36) Art. 17 LCSP: *«No podrán ser objeto de estos contratos los servicios que impliquen ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos»*. Art. 284 LCSP. *«En ningún caso podrán prestarse mediante concesión de servicios los que impliquen ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos»*.

en que las mismas no disponen en sus plantillas de funcionarios públicos, ciertamente, se convierte en una dificultad difícil de salvar.

Entre los argumentos jurisprudenciales se invocan sendas sentencias del TJUE de 12 de diciembre de 2013 (37) y 15 de octubre de 2015 (38). En la primera de ellas se expresa que las entidades colaboradoras a las que se refiere la sentencia, *«no disponen de ninguna capacidad decisoria vinculada al ejercicio de prerrogativas del poder público»*. En la segunda, en relación con el caso concreto de las estaciones ITV en Cataluña, se manifiesta que, a pesar de la facultad de inmovilización de vehículos en relación con el art. 51 del TFUE, las estaciones de ITV *«no disponen de facultades coercitivas en el marco de sus actividades, ya que la imposición de sanciones por incumplimiento de las normas de inspección de vehículos es competencia de las autoridades policiales y judiciales»* (FJ 56 y 59).

Por su parte, quienes consideran que estamos ante un verdadero ejercicio de poderes públicos por parte de las entidades colaboradoras privadas, entienden que las actuaciones de inspección, control o certificación desarrolladas por las mismas, pueden llegar a interesar el círculo de derechos de los administrados; comportar, en ocasiones, la entrada en instalaciones o locales, el acceso a equipos o materiales, documentación o información de las entidades o sujetos inspeccionados, así como requerir la colaboración de sus responsables; incluso adoptar medidas restrictivas del libre ejercicio de la actividad.

En su argumentación legal incluyen diversas citas (39), si bien quizás la más contundente sea la del art. 95.3 de la anteriormente citada Ley 26/2010, de régimen jurídico y de procedimiento de las administraciones públicas de Cataluña en el que se establece que *«los actos, informes y certificaciones emitidos por el personal técnico habilitado de las entidades colaboradoras en el ejercicio de las funciones de inspección y control tienen la misma validez jurídica que los emitidos por el personal de la Administración encargado de dichas funciones»*.

Jurisprudencialmente se traen a colación diversas sentencias (40) como la del TS de 7 de mayo de 1999, en relación precisamente con la ITV, en

(37) STJUE de 12/12/2013, asunto C-327/12, SOA Nazionale Costruttori (FJ. 32).

(38) STJUE de 15/10/2015, asunto C-168/14, Grupo Itevelesa y otros.

(39) Se incluyen referencias a los arts. 14.1. y 15.1 de la Ley 21/1992, de Industria y al art. 8.3 del Real Decreto 1837/2000, de 10 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de inspección y certificación de buques civiles. La Ley de Industria se refiere a la posibilidad de comprobación por los organismos de control del cumplimiento de las disposiciones y requisitos de seguridad de productos e instalaciones industriales, y el RD 1837/2000 a la posibilidad de realización de actividades inspectoras bien por funcionarios, bien por entidades colaboradoras.

(40) Incluso la STS de 13 de octubre de 1997 de manera más contundente si cabe (FJ 4º) establece que *«Si bien tradicionalmente, estas funciones, a diferencia de los servicios*

la cual se afirma que *«la Inspección Técnica de Vehículos se configura pues como ejercicio de una potestad pública (...) que si se desempeña en ciertos aspectos por empresas privadas, es en concepto de entidades colaboradoras de la Administración, que ejercen funciones delegadas por la misma, sujetas a estricto control»*.

Resulta pues difícil decantarse por una u otra postura, pero la realidad es tozuda y no podemos dejar de observar que es un fenómeno, este, cada vez más extendido, ciertamente muy fragmentado, pero al que será preciso dar una respuesta de aceptación dentro del orden legal, aunque no pueda ser general para todos sus ámbitos de actuación. Y creo que la respuesta debe ofrecerse a través de una consideración práctica del juego de la potestad y del instrumento para su delegación. Así, si la potestad, globalmente considerada o en abstracto, incluye un haz de facultades susceptibles de ser delegadas mediante instrumento legal adecuado (41), podemos entender que no es imprescindible delegar la totalidad de dicho haz de facultades, y que, en cada caso concreto, sobre todo en este ámbito de la colaboración público privada, se podrá ampliar o restringir el conjunto de facultades delegadas, determinando en unos casos que la entidad colaboradora desarrolle simples funciones de auxilio o complemento técnico, mientras que, en otros, podrá ejercer, dentro de los límites legales, funciones públicas en sentido propio.

Pero, lo más relevante será valorar las consecuencias derivadas del hecho de entender la figura de la colaboración como un ejercicio de funciones públicas, al menos en el caso de que dichas facultades constitutivas de la potestad hayan sido delegadas.

Y dichas consecuencias son fundamentalmente dos: por un lado, como consecuencia principal, ante una situación de conflicto entre la entidad colaboradora y los particulares sujetos a su labor de inspección, por el hecho de estar dentro del marco de una relación administrativa y no entre sujetos particulares, se abriría la posibilidad de recurso administrativo ante la Administración delegante y, posteriormente, si fuera el caso, la vía judicial contencioso-administrativa, y no la civil. Por otro, la entidad colaboradora quedaría sujeta bajo el régimen de las relaciones de especial sujeción con la Administración delegante.

públicas, se ejercían por la Administración, lo cierto es, como se ha preocupado de poner de manifiesto la doctrina, que el orden público se encuentra en proceso de privatización ante la impotencia de aquélla para una gestión eficaz de las funciones soberanas, acudiendo con frecuencia a la colaboración de la empresa privada (...) Sin embargo, al margen de cuál sea la forma de ejercicio, su naturaleza de función pública no desaparece...».

(41) Aunque la legislación parece regular únicamente la delegación entre órganos administrativos (art. 9.1 LRJSP), recuérdese que no es infrecuente la delegación a particulares. En este sentido véase F.SAINZ MORENO (1983: 1699 y ss.).

IV. MECANISMOS LEGALES PARA LA COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA EN ESTE ÁMBITO

Abordada la cuestión relativa a la naturaleza jurídica de la fórmula colaborativa y sus efectos, corresponde plantearse ahora cuál puede ser el título o títulos habilitantes empleados por la legislación sectorial para su ejercicio, es decir, la técnica jurídica prevista en el Ordenamiento y utilizada por la Administración para enmarcar esa particular relación de colaboración en el desarrollo de la función inspectora. Y en este sentido podemos hacer referencia a tres técnicas o fórmulas fundamentales: la autorizatoria, la contractual y la convencional.

1. La técnica autorizatoria

Esta técnica entronca necesariamente con la existencia de un mercado en régimen de libre competencia, al cual puede concurrir la iniciativa privada, pudiendo por tanto ser desarrollada una actividad por cualquier sujeto que, cumpliendo los requisitos obtenga, de forma reglada, la correspondiente autorización.

No es pacífica la utilización de esta vía, pues tal y como advierte D. CANALS I AMETLLER, la técnica tradicional de la autorización administrativa «*no es el instrumento adecuado para ceder a organizaciones privadas el ejercicio de funciones públicas de control, inspección y certificación, en relación con las cuales lo particulares no ostentan ningún tipo de derecho subjetivo*» (42).

No obstante, ha sido el modelo seguido, entre otras, en normas como el RD 282/2002 (43), de 22 de marzo, en el que se exige a las entidades colaboradoras la previa autorización por parte de la Dirección General de Aviación Civil; el RD 2200/1995 (44), de 28 de diciembre, que requiere autorización administrativa previa de la Administración para el funcionamiento de los comités sectoriales a través de los cuales desarrolla su actividad el organismo de normalización; o el RD 1434/1999 (45), de 10 de septiembre, que exige a las entidades colaboradoras en la inspección de embarcaciones de recreo, la correspondiente autorización del Secretario de Estado de Infraestructuras y Transportes.

(42) Véase D. CANALS I AMETLLER (2003: 300).

(43) Véase el art. 6.1 del RD 82/2002, de 22 de marzo, por el que se establece el régimen de las entidades colaboradoras de la Administración en la realización de las inspecciones y pruebas de vuelo necesarias para la concesión y renovación de los certificados de aeronavegabilidad de las aeronaves de construcción por aficionados.

(44) Véase el art. 10.f del RD 2200/1995, de 28 de diciembre por el que se aprueba el Reglamento de la infraestructura para la calidad y la seguridad industrial.

(45) Véase el art. 7.1 del RD 1434/1999.

Cierto es que este modelo de autorización administrativa ha sufrido un seguro retroceso como consecuencia, fundamentalmente, de la transformación del régimen de las autorizaciones administrativas en aplicación de la Directiva 2006/123/UE, de 12 de febrero, relativa a los servicios en el mercado interior (conocida generalmente como Directiva *Bolkestein*), al convertir las autorizaciones administrativas en un régimen de carácter excepcional (46) frente a otras opciones menos restrictivas para el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio. Pero es oportuno hacer al respecto dos matizaciones: la primera para recordar que la Directiva *Bolkestein* y su normativa de transposición (47) excluyen de su ámbito de actuación los servicios que puedan incorporar ejercicio de autoridad; la segunda, que la citada normativa no impide radicalmente su uso, sólo exige su justificación de manera suficiente (48).

2. Las técnicas contractuales

Además de recurrir a las técnicas autorizatorias, la normativa sectorial reguladora de las fórmulas colaborativas se ha servido, asimismo, en algunos casos, de técnicas contractuales, y en particular de la figura de la concesión de servicios.

Dicha técnica se caracteriza principalmente por mantener la actividad de inspección como función pública reservada a la Administración, si bien su ejercicio no se desarrolla por la misma, sino que se traspa a una entidad privada colaboradora.

Este ha sido el sistema utilizado, entre otras normas, en la Ley 1/1991, de 27 de febrero, de Régimen sancionador en materia de Juego de la Cataluña (49); o, inicialmente, por el ya derogado RD 1987/1985, de 24 de

(46) La excepcionalidad debe venir avalada por la concurrencia de tres requisitos, como son, su carácter no discriminatorio, que su necesidad esté justificada por razones imperiosas de interés general, y que sea proporcionada su exigencia por no poder obtener el mismo fin con medidas menos restrictivas.

(47) Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio. Véase la exposición de motivos de la norma y art. 2.2.i.

(48) Véase el art. 95.2 Ley 11/2014, de 4 de diciembre, de Prevención y Protección Ambiental de Aragón y STS de 29 de junio de 2011. En esta última el órgano jurisdiccional declaró la inaplicabilidad del art. 15.3 en su redacción original, por no haber justificado suficientemente el legislador nacional la necesidad de dicha autorización por razón imperiosa de interés general al afirmar lo siguiente (FJ 4º): «*Si el Estado español quiere establecer un régimen de autorización previa deberá justificar la concurrencia de una razón imperiosa de interés general o, en concreto, que resulte obligado para el cumplimiento de sus obligaciones comunitarias o internacionales. Justificación que podría estar en una Ley o, en su defecto y siempre que la correspondiente ley sectorial lo admita, en un reglamento aprobado por la Administración.*»

(49) En su art. 20.3 se dispone que «*la inspección y el control técnico de instalaciones, elementos y material de juego podrán ser realizados directamente por funcionarios adscritos a la inspección del juego o por medio de entidades concesionarias que asuman su ejecución.*»

septiembre, sobre normas generales de instalación y funcionamiento de las Estaciones ITV (50).

Pero la cuestión más relevante pasa por averiguar si el mecanismo concesional sigue siendo válido a la luz de la nueva regulación de la LCSP de 2017, para transferir a las entidades colaboradoras el ejercicio de funciones públicas.

Prescindiendo ahora de una explicación más extensa de la evolución de su régimen legal (51), y centrándonos en su régimen vigente, debemos recordar que la regulación actual del denominado contrato de concesión de servicios lo define en su art. 15.1 como *«aquel en cuya virtud uno o varios poderes adjudicadores encomiendan a título oneroso a una o varias personas, naturales o jurídicas, la gestión de un servicio cuya prestación sea de su titularidad o competencia, y cuya contrapartida venga constituida bien por el derecho a explotar los servicios objeto del contrato o bien por dicho derecho acompañado del de percibir un precio»*.

Ya no se exige, como sucedía en el anteriormente vigente TRLCSP de 2011, que el objeto de la concesión sea un servicio público, sino que lo concedido sea un servicio cuya prestación sea de titularidad de la Administración, transfiriendo, eso sí, en todo caso, el riesgo operacional al concesionario.

Así pues, su objeto no plantea problema alguno, puesto que la labor de inspección es una función pública cuya titularidad corresponde a la Administración, y sería susceptible de explotación económica por particulares.

No obstante, la gran dificultad surge de lo dispuesto en el art. 284.1 de la LCSP pues de manera clara y rotunda advierte que *«en ningún caso podrán prestarse mediante concesión de servicios los que impliquen ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos»* (52).

Y aquí es donde cobra de nuevo sentido la diferenciación planteada al referirnos a la naturaleza de la institución estudiada, por cuanto si consideramos que las entidades colaboradoras son meros entes instrumentales de apoyo, que no ejercen en puridad funciones públicas sino meramente instrumentales o de apoyo, podremos aplicar sin reparos la figura de la concesión de servicios. En otro caso, es decir, si consideramos que ejercitan funciones públicas en sentido estricto, la literalidad del art. 284.1 parece excluir esta posibilidad.

(50) El art. 2.1 RD 1987/1985 establecía que *«la ejecución material de las inspecciones podrá ser realizada por las Comunidades Autónomas directamente, o a través de sociedades de economía mixta, o por empresas privadas, propietarias de las instalaciones, con su propio personal, y en régimen de concesión administrativa»*.

(51) Véase al respecto M. VILALTA REIXACH, en A. GALÁN GALÁN y otros (2020:38 a 41).

(52) Al igual que ya se ha comentado para el caso de las autorizaciones, D. CANALS I AMETLLER (2003: 300), sostiene que *«(...) principalmente por la autoridad inherente a las funciones públicas ejercidas por los agentes colaboradores, la concesión administrativa tampoco parece ser la técnica jurídica idónea para el traslado de la autoridad a particulares»*.

Sólo nos queda plantearnos, para concluir este apartado, si caben otras figuras contractuales al margen de la citada concesión de servicios.

Hipotéticamente al menos, podríamos bosquejar la opción de desarrollar una colaboración a través del contrato de servicios, definido en el art. 17 LCSP como aquel «*cuyo objeto son prestaciones de hacer consistentes en el desarrollo de una actividad o dirigidas a la obtención de un resultado distinto de una obra o un suministro, incluyendo aquellos en que el adjudicatario se obligue a ejecutar el servicio de forma sucesiva y por precio unitario*». Y recuérdese que este contrato, no transfiere el riesgo operacional, por lo que puede ser menos ventajoso para la Administración.

A diferencia del TRLCSP de 2011, la nueva regulación permitiría que, a través de esta modalidad, se pudieran gestionar servicios de prestación directa para los ciudadanos conforme a su art. 312, pero nos surge nuevamente la misma dificultad anteriormente evaluada en relación con la concesión de servicios, dado que conforme al art. 17 LCSP «*No podrán ser objeto de estos contratos los servicios que impliquen ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos*». Por ello la respuesta debe ser la misma que la ofrecida para el caso estudiado: si las entidades colaboradoras actúan únicamente como meros entes instrumentales de apoyo sin ejercicio de funciones públicas estrictas, cabe utilizar esta figura, en caso contrario no.

3. Las técnicas convencionales

Si bien de modo más residual que las anteriores opciones, la posibilidad de desarrollo de la colaboración mediante convenio administrativo ha estado también presente en algunos supuestos.

Es ejemplo de dicha opción la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de subvenciones en cuyo art. 16 se establece que «*se formalizará un convenio de colaboración entre el órgano administrativo concedente y la entidad colaboradora en el que se regularán las condiciones y obligaciones asumidas por ésta*».

También la jurisprudencia ha abierto la puerta a esta vía colaborativa como forma de transferir el ejercicio de algunas funciones públicas a entidades colaboradoras (53).

(53) Véase la STS de 13 de octubre de 1997 en la cual, y para el caso de las estaciones ITV se afirma que «*cuando el poder público acude a la empresa privada para pedir su colaboración en el ejercicio de una función pública, surge entre ellas un vínculo, cuya naturaleza está muy próxima a una relación contractual. Podría incluirse en los denominados convenios de colaboración a los que se refiere el artículo 2º.7 de la Ley de Contratos del Estado, que se regularán por sus normas peculiares, y supletoriamente por la de los contratos de la Administración, siéndoles aplicables, en todo caso, los principios de dicha contratación*» (FJ 4º).

Definidos los convenios en el art. 47.1 de la LRJSP como *«los acuerdos con efectos jurídicos adoptados por las Administraciones Públicas, los organismos públicos y entidades de derecho público vinculados o dependientes o las Universidades públicas entre sí o con sujetos de derecho privado para un fin común»*, no se plantearía problema alguno desde el punto de vista subjetivo para su utilización.

Cierto es que el art. 48.1 de la LRJSP impide la celebración de convenios que puedan suponer cesión de la titularidad de la competencia, pero ello no haría inviable, por el contrario, la cesión de su ejercicio. No obstante, si la cesión del ejercicio de la competencia implicara la transmisión de poderes públicos, tropezaríamos de nuevo con los consabidos problemas anteriormente ya abordados y tantas veces explicados.

No obstante, aquí nos encontraríamos con un inconveniente añadido, y es que el art. 47.1 LRJSP advierte que *«los convenios no podrán tener por objeto prestaciones propias de los contratos. En tal caso, su naturaleza y régimen jurídico se ajustará a lo previsto en la legislación de contratos del sector público»*.

Cabría pues distinguir entre convenios de naturaleza contractual, a los que se aplicaría el régimen de la LCSP, y convenios de naturaleza no contractual, a los que se aplicaría el régimen legal de la LRJSP, todo ello en virtud de la exclusión prevista en el art. 6.2 de la LCSP. Pero en tal caso, si el convenio por su objeto y características tuviera naturaleza contractual, carecería de sentido y de utilidad, y habría de enfocarse hacia la técnica del contrato de concesión de servicios, o de servicios, con su particular técnica de adjudicación (54).

V. CARACTERIZACIÓN DE LAS ENTIDADES COLABORADORAS: RASGOS DEFINITORIOS O CARACTERÍSTICOS DE ESTAS ENTIDADES

Se aborda ahora brevemente el estudio relativo a la caracterización de las entidades colaboradoras, recordando simplemente que el enfoque del tema propuesto se circunscribe únicamente a la colaboración público-privada, por lo que queda al margen el estudio de las fórmulas de colaboración jurídico-pública.

Podemos decir que los rasgos básicos que definen a las entidades colaboradoras (55) son los siguientes: se trata de entidades o sujetos con personalidad

(54) Para una visión más extensa y detallada de esta problemática véase M. VILALTA REIXACH, en A. GALÁN GALÁN y otros (2020:46 a 48).

(55) D. CANALS I AMETLER, (2003: 278 y ss.) identifica a esta categoría de las entidades colaboradoras de la Administración como *«una categoría jurídica incipiente»* con las siguientes características básicas: su carácter jurídico-privado, principalmente, aunque no únicamente; su especialización en el campo concreto de actuación; una relación estable y permanente

jurídica propia, que contribuyen al desarrollo de una función pública, y que son independientes de la Administración.

El primer requisito, el relativo a la personalidad jurídica propia, queda perfectamente definido con carácter general en el art. 91.2 de la Ley 26/2010, LRJPAPC ya citada, que establece que «*las entidades colaboradoras son entidades técnicas especializadas, públicas o privadas, con personalidad jurídica propia, que deben disponer de los medios materiales y personales, así como cumplir los requisitos de solvencia técnica y financiera establecidos por reglamento*».

Esto no supone, sin embargo, la exclusión de las personas físicas como sujetos colaboradores privados, siempre que acrediten los requisitos necesarios. De hecho, es caso contemplado en la Ley 21/1992, de Industria que permite en su art. 15.1 que los organismos de control sean «*personas físicas o jurídicas*», o en el RD 282/2002, cuyo art. 3.2 permite autorizar como entidades colaboradoras para la realización de inspecciones y pruebas de vuelo relativas a los certificados de navegabilidad tanto a personas jurídicas como físicas. Asimismo, ha sido admitida por la jurisprudencia la posibilidad de que las personas físicas que cumplan las condiciones establecidas puedan actuar como entidades colaboradoras privadas (56).

En relación con la contribución al desarrollo de una función pública, el tema ya ha sido suficientemente estudiado con anterioridad en toda su problemática, y a ello me remito, para no ser excesivamente reiterativo. Baste recordar que se discute y fundamenta si estamos ante una actividad de simple auxilio o complemento técnico, o de ejercicio estricto de funciones públicas por las entidades colaboradoras.

Por último, en lo que a la independencia de la Administración hace referencia, parece evidente que las entidades colaboradoras estudiadas no son aquellas que se encuentran formalmente integradas de una u otra manera en su estructura orgánica. Más bien al contrario, se caracterizan por ser sujetos privados, normalmente bajo la forma de empresarios mercantiles con ánimo de lucro, y especializados en un campo de actividad en el que interesa la colaboración público-privada, lo que permitiría excluir de esta categoría a los denominados medios propios en la LCSP.

entre la Administración pública y la entidad colaboradora basada fundamentalmente en la potestad de fiscalización y control por parte de la Administración, que se hace más intensa si cabe ante la interposición de un recurso; su sujeción a un régimen tarifario; y, por último, su especial régimen de responsabilidad.

(56) Véase STS de 29 de junio de 2011 (FJ 3º).

VI. RECLAMACIONES Y RECURSOS CONTRA LAS ACTUACIONES DE LAS ENTIDADES COLABORADORAS (57)

La última cuestión abordada quedaría enmarcada en el ámbito de las garantías de los ciudadanos ante la actuación de las entidades colaboradoras en labores de inspección.

1. Consideraciones previas

Evidentemente, cualquier ciudadano o entidad legitimada puede interponer un recurso frente a una actuación administrativa, siguiendo los cauces legalmente establecidos. Pero dado que, en estos casos, la actividad material procede de un sujeto que no está integrado en la Administración, no podemos dejar de plantearnos si existen estos procedimientos y, en su caso, cómo están habilitados.

En relación con la primera cuestión, para aumentar la complejidad del asunto, la respuesta no siempre es positiva, es decir, no siempre la normativa contempla de modo expreso cauces de reclamación frente a las actuaciones de las entidades colaboradoras (58).

Y con ello nos surge la primera dificultad a salvar, pues evidentemente no podemos considerar de peor derecho a un sujeto por el hecho de que una actuación inspectora haya sido realizada por una entidad colaboradora por encargo de la Administración, y no por ella misma. No obstante, la doctrina mayoritaria en este caso se postula a favor del reconocimiento y aplicación de un sistema de reclamaciones y recursos, mediante alguna fórmula como pudiera ser la de la aplicación por analogía (59).

En aquellos casos en los que existe una normativa reguladora, con carácter general (60) suele articularse un mecanismo de impugnación en dos fases: una primera fase ante la entidad colaboradora y una segunda ante la Administración.

(57) La diversificación y fragmentación de la normativa vuelven a hacer inviable un análisis detallado de cada uno de los sectores, por lo que se volverán a tomar como referencia los más tradicionales.

(58) Dispone por ejemplo de regulación explícita de procedimientos de reclamación la normativa sobre seguridad y calidad industrial (arts. 16.2 de la Ley 21/1992, de Industria; 45.1.1 y 47 del RD 2200/1995). No disponen en cambio de regulación expresa de dichos procedimientos otros sectores como inspección de buques y embarcaciones de recreo del RD 1837/2000; y seguridad en explotaciones mineras conforme al RD 863/1985. En el caso de las estaciones de ITV, algunos Gobiernos, como el andaluz o el balear, disponen de un sistema denominado asimismo de reclamaciones en virtud del cual lo que realmente se plantea es una queja ante organismos de consumo por las deficiencias en la atención prestada en las citadas estaciones.

(59) Véase R. GRACIA RETORTILLO, en A. GALÁN GALÁN, y otros (2020: 88 y 89).

(60) No siempre es así. Véase como ejemplo en contrario la Ley 9/2014, de 31 de julio, de la seguridad industrial de los establecimientos, las instalaciones y los productos de Cataluña, en cuyo art. 12.5 se establece únicamente la vía de recurso directo ante el órgano de la Administración de la *Generalitat*.

Debe advertirse que suele emplearse el término reclamación para referirse a la actuación ante la entidad inspectora colaboradora, y el de recurso para identificar la actuación llevada a cabo ante la Administración, pero tampoco es un criterio absolutamente uniforme en la normativa sectorial (61).

2. Fase de reclamación ante la entidad colaboradora

Refiriéndonos ya a la fase de reclamación ante la entidad colaboradora en sentido propio, un primer problema se plantea con el tema de la legitimación. Así, la legitimación activa se identifica mediante expresiones diversas como la de «interesado» (62) o «clientes, partes afectadas, u otros afectados por sus actividades» (63). Sin embargo, no cabe duda alguna sobre el hecho de que la legitimación pasiva corresponde a la entidad colaboradora ante la cual se interpone la reclamación, que ella misma debe tramitar y resolver.

En lo que a plazos y procedimiento formal se refiere, la normativa es menos precisa, pues se impone, ciertamente, la obligación de tener un procedimiento, cuando así se regula, pero no se suelen determinar sus reglas concretas, lo cual coloca al interesado en una posición comprometida para su defensa. No obstante, algunas normas más actualizadas ya especifican algunos de estos elementos de forma incipiente (64).

3. Fase de recurso ante la Administración

Abordando ya la segunda fase de recurso ante la Administración, debe matizarse asimismo que sólo cabe interponer recurso frente a las decisiones desestimatorias expresas o derivadas de silencio administrativo dictadas por las entidades colaboradoras. Tampoco cabe presentar una nueva solicitud de inspección ante otra entidad colaboradora en tanto en cuanto la Administración no haya revocado la decisión recurrida (65).

El hecho de que sólo quepa recurso contra una decisión desfavorable impediría, *prima facie*, la reclamación ante una resolución favorable al sujeto que la interpone, por parte de algunos sujetos que pudieran estar interesados como, por ejemplo, empresarios competidores o asociaciones de consumidores, sin perjuicio del uso de otras posibles vías alternativas.

(61) El art. 16.2 de la Ley 21/1992, de Industria no habla de recurso sino de «manifiestar la disconformidad», y el art. 96.2 de la Ley 26/2010 LRJPAPC habla de «trasladar la reclamación ante el órgano administrativo».

(62) Véase el art. 16.2 de la Ley 21/1992, de Industria y el art. 47 del RD 2200/1995.

(63) Véase el art. 45.1.1 del RD 2200/1995.

(64) Véase el art. 18.2 del Decreto 60/2015, de 28 de abril, sobre las entidades colaboradoras de medio ambiente de Cataluña.

(65) Véanse el art. 16.2 de la Ley 21/1992, de Industria y el art. 47 RD 2200/1995.

La legitimación activa corresponde al mismo sujeto que interpuso con anterioridad la reclamación, y el recurso se interpone ante la Administración titular de la función, debiendo ésta proceder a su tramitación y resolución.

En cuanto a la naturaleza del recurso seguido ante la Administración debe decirse que estamos en presencia de una actuación revisora, puesto que se reitera el examen y la corrección del mismo, lo cual es coherente con el carácter público de las funciones ejercitadas por la Administración y sus potestades de control. La doctrina suele denominarlo como recurso impropio de alzada (66), si bien no toda ella se muestra conforme por la confusión que podría generar dicha denominación al no ser un recurso administrativo en sentido estricto (67), aunque se siga un procedimiento administrativo para su resolución, conforme a la normativa específica reguladora del mismo, y supletoriamente o por remisión (68), conforme a la legislación general del procedimiento administrativo.

En dicho procedimiento administrativo de carácter contradictorio pasan a tener la condición de interesados tanto el sujeto recurrente, como la entidad colaboradora, en defensa esta última de la adecuación de su actuación. Nos encontramos pues ante lo que la doctrina denomina un «procedimiento triangular» (69).

Aunque no existe una regulación completa, los trámites habitualmente presentes (70) son los relativos al requerimiento de antecedentes; práctica de comprobaciones; el trámite de audiencia; y la resolución del procedimiento, generalmente en un plazo de tres meses.

Y decíamos anteriormente que nos encontrábamos en presencia de una actuación revisora en sentido genérico, y por ello surge un nuevo dilema, el relativo al alcance que pueda tener esa facultad revisora, y si comprende un control meramente formal, o también se extiende al ámbito material o sobre el fondo del asunto. Así pues, lo que se discute es si la potestad de la Administración se limitaría a confirmar o revocar la decisión de la entidad colaboradora, o bien, puede adoptar una nueva decisión que supla a la anulada.

Sobre el particular existe un amplio debate doctrinal, centrado especialmente en la interpretación de los términos de la normativa sobre industria.

(66) Véase L. CASADO CASADO, y otros (2010: 187).

(67) Véase R. GRACIA RETORTILLO en A. GALÁN GALÁN, y otros (2020: 98). Rechaza esta denominación porque la entidad colaboradora no es un órgano de la Administración y porque no es, en sentido estricto, un recurso administrativo, sino simplemente un recurso que se interpone ante la Administración.

(68) Véase el art. 16.2 de la Ley 21/1992, de Industria.

(69) Véase S. FERNÁNDEZ RAMOS (2002: 565).

(70) Véase el art. 16.2 de la Ley 21/1992, de Industria.

Así, quienes apoyan la tesis favorable a la posibilidad de que la Administración pueda revocar y sustituir la decisión de la entidad colaboradora (71), se apoyan en el poder de dicha Administración para comprobar en cualquier momento «*el cumplimiento de las disposiciones y requisitos de seguridad, de oficio o a instancia de parte interesada...*» (art. 14.1 Ley 21/1992).

Pero en mi modesta opinión, parece quizás más plausible la tesis de aquellos que defienden que la Administración sólo puede realizar un control formal (72), en especial de las garantías procedimentales. Y ello por dos razones bien fundadas como son, por una parte, la misma carencia de medios de la Administración que llevó a la colaboración con la entidad inspectora y, por otra, lo dispuesto en el art. 16.2 de la Ley 21/1992, de Industria, que determina que «*en tanto no exista una revocación de la certificación negativa por parte de la Administración, el interesado no podrá solicitar el mismo control de otro Organismo de Control*». No tendría sentido que se abra la posibilidad de solicitar la intervención de otro organismo de control, cuando la propia Administración ya ha resuelto, con todos los problemas y dificultades que ello pudiera generar (73).

Para concluir este aparatado me referiré brevemente a los posibles efectos de una resolución revocatoria de la Administración, que podrían abrir el camino a la exigencia de responsabilidad civil y reclamación de los daños y perjuicios causados al solicitante del informe, así como también la vía disciplinaria en relación con la entidad colaboradora, si se hubiera cometido alguna infracción en la tramitación (74).

4. Impugnación de la resolución administrativa

La decisión de la Administración, resolutoria del recurso interpuesto contra la decisión de la entidad colaboradora, puede ser considerada como un acto administrativo (75). Cabe pues preguntarse si existe la posibilidad de ulterior

(71) Partidarios, entre otros, de la tesis que permite a la Administración dictar una nueva resolución que supliría a la anterior son J. A. CARRILLO DONAIRE, (2000: 455 y 456); o C. PADRÓS REIG (2001:83).

(72) Sostienen este criterio, entre otros, G. FERNÁNDEZ FARRERES (1998: 54); S. FERNÁNDEZ RAMOS, (2002: 565 y 566); o D. CANALS I AMETLLER (2003: 333).

(73) Piénsese en la dinámica perversa que podría generar el hecho de que la resolución de la Administración y del segundo organismo de control fueran contradictorias.

(74) Véase el art. 31.2.h de la Ley 21/1992, de Industria.

(75) Véase la STS de 24 de septiembre de 1999 (FJ 4º), en la que se afirma que «*Ciertamente la pretensión deducida ante el orden contencioso-administrativo ha de ir referida a un "acto administrativo" (...) Pero para calificar una conducta como "acto administrativo" lo decisivo no es que quien directamente la realice merezca formalmente la consideración de Administración pública, sino que las consecuencias jurídicas de esa conducta sean directa-*

recurso administrativo, y en su caso cuál sea éste, pues la normativa sectorial en tal sentido es bastante ambigua.

A favor de la existencia de recurso, que incluso alguna normativa contempla de manera específica (76), se alega fundamentalmente que no es un acto excluido, por lo que cabría plantear la opción, según las circunstancias, de alzada, reposición o revisión.

En contra, cabe argumentar que ya ha existido un pronunciamiento de la Administración, aunque no se trate de un recurso administrativo en sentido propio y, por ello, la apertura de una nueva vía de oposición alargaría o demoraría el procedimiento en exceso, incluso convertiría al interesado en sujeto de mejor derecho que cualquier ciudadano al que haya inspeccionado directamente la propia Administración.

No puede haber duda, finalmente, sobre el derecho del sujeto interesado a interponer el correspondiente recurso contencioso-administrativo, ya que la resolución del recurso planteado ante la Administración, sea cual fuere éste, no está excluida del control jurisdiccional (77) (art. 106. 1 CE).

VII. CONCLUSIONES

A modo de conclusión y en relación con el estudio anteriormente realizado podríamos decir que la construcción de este fenómeno, hasta llegar a la fase de ejercicio directo de la función inspectora por sujetos privados, se ha realizado a partir de normativa sectorial, fragmentada, y de diversos ámbitos competenciales, incluido el comunitario, lo que hace patente la dificultad de aprehender todo su desarrollo.

El ejercicio de labores inspectoras por entidades colaboradoras privadas puede estar fundamentado, por una parte, en razones de orden práctico como la necesaria eficacia y eficiencia en la actuación administrativa, o la voluntad de trasladar a la entidad colaboradora la responsabilidad derivada de la función de control e inspección, y a los sujetos sometidos a la misma, los

mente imputables o referibles a un Ente público. Y esto último sucede, tanto cuando aquella conducta es directamente realizada por órganos administrativos, como cuando la desarrolla una persona jurídica privada que actúa a título de delegado, representante, agente o mandatario de una persona pública».

(76) Véase la DT 12, apdo. 9º de la Ordenanza municipal de actividades y de intervención integral de la Administración ambiental de Barcelona, que contempla la posibilidad de interposición de un recurso de alzada contra las resoluciones dictadas por la Ponencia Ambiental Municipal, ante el Alcalde.

(77) En el mismo sentido se pronuncian, entre otros, S. FERNÁNDEZ RAMOS (2002: 568); o R. GRACIA RETORTILLO, en A. GALÁN GALÁN, y otros (2020: 106).

costes de dicha tarea. Por otra, y desde el punto de vista legal, su fundamento se encuentra en la estrecha conexión con el Derecho comunitario, y con la necesidad de respetar sus principios fundamentales de libre competencia, y prohibición de las restricciones a la libre circulación de personas, bienes, servicios, y capitales. Igualmente debe considerarse que, dada la inalienabilidad de las potestades y competencias, su ejercicio por entidades colaboradoras privadas hace necesaria una habilitación legal expresa.

La doctrina muestra una cierta ambivalencia en relación con la naturaleza jurídica de estas fórmulas de colaboración. Por un lado, existe un sector que considera que estamos ante el mero desenvolvimiento por las entidades colaboradoras de una actividad de simple auxilio o complemento técnico a la Administración, pero sin presuponer por ello ejercicio de una función pública en sentido propio. Por otro, quienes defienden que esta colaboración supone una participación en el ejercicio de una función pública o en sustitución de la Administración. Ambas posturas presentan argumentos solventes tanto legales como jurisprudenciales y pueden tener un cierto fundamento dada la diversidad de regulaciones fragmentarias existentes. En cualquier caso, la colaboración público-privada en este ámbito es un fenómeno cada vez más extendido y frecuente.

Para la plasmación de las fórmulas de colaboración entre entidades privadas y las distintas Administraciones se han utilizado diversas fórmulas jurídicas como la autorizatoria, ahora en retroceso por la aplicación de la normativa comunitaria plasmada en la Directiva *Bolkestein*, la contractual, principalmente a través del contrato de concesión de servicios públicos, e incluso la convencional. Todas ellas plantean problemas o inconvenientes de amparo legal en relación principalmente con la naturaleza de la institución estudiada y la posibilidad de cesión de poderes públicos, pero son aplicadas igualmente en la práctica debido a la necesidad de desarrollar estas actuaciones ante la limitación de medios de la Administración.

Los rasgos básicos que delimitan a las entidades colaboradoras son aquellos que las definen como entidades o sujetos con personalidad jurídica propia, bien sean personas jurídicas, bien personas físicas; que contribuyen al desarrollo de una función pública; y que son independientes de la Administración, lo que excluiría los denominados como medios propios en la LCSP.

En lo que a reclamaciones y recursos contra la actuación de la entidad colaboradora se refiere, la normativa, en su diversidad, no ofrece una solución clara y unívoca, si bien, partiendo generalmente de los modelos clásicos desarrollados en el ámbito de la seguridad industrial, suele considerarse la existencia de un procedimiento denominado de reclamación ante la entidad colaboradora, y de recurso ante la Administración. Se discute además, en relación con este último, si las facultades de la Administración permiten sólo una revisión formal del procedimiento, o incluyen asimismo la posibilidad de

dictar una nueva resolución sustitutiva. Por último, resulta dudosa también la posibilidad de interponer un nuevo recurso administrativo frente a la resolución de la misma Administración (alzada, reposición o revisión), si bien no se discute la opción última del recurso contencioso-administrativo.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- ALLI ARANGUREN, Juan-Cruz (2006): «Las nuevas formas de la actividad administrativa. Participación, ejercicio privado de funciones públicas y gestión privada de servicios públicos», *Revista de Estudios de la Administración Local y Autónoma (REALA)*, n° 302, septiembre-diciembre, pp. 91-135.
- ARANA GARCÍA, Estanislao (1999): «Naturaleza jurídica de la inspección técnica de vehículos», *Revista Vasca de Administración Pública*, n° 54, pp. 9-41.
- AZNAR LÓPEZ, Manuel (2018): «La colaboración público-privada y su fiscalización», *Revista Española de Control Externo*, vol. XX, n° 60, pp. 31-97.
- CANALS I AMETLLER, Dolors (2003): *El ejercicio por particulares de funciones de autoridad (control, inspección y certificación)*, 1ª ed., Granada, Comares, 353 pp.
- CANTERO MARTÍNEZ, Josefa (2010): «La incidencia del fenómeno de la externalización en la Administración General del Estado. ¿Existe algún límite?», *Revista Documentación Administrativa*, n° 286-287, enero-agosto, pp. 297-334.
- CANTERO MARTÍNEZ, Josefa (2011): «A vueltas con el ejercicio de potestades públicas y su ejercicio por los particulares. Nuevos retos para el Derecho Administrativo», *Revista Española de Derecho Administrativo (REDA)*, n° 151, pp. 627-649.
- CARRILLO DONAIRE, Juan Antonio (2000): *El Derecho de la seguridad y de la Calidad industrial*, 1ª ed., Madrid, Marcial Pons, 738 pp.
- CASADO CASADO, Lucía y otros (2010): *La externalización de las funciones de control e inspección en materia de protección del medio ambiente*, 1ª ed., Barcelona, Atelier, 198 pp.
- FERNÁNDEZ FARRERES, Germán (1998): «La infraestructura organizativa para la calidad y la seguridad industrial y el fenómeno del ejercicio por particulares de funciones públicas de inspección y control», en esta REVISTA, n° 13, pp. 43-60.
- FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano (2002): *La actividad administrativa de inspección. El régimen jurídico general de la función inspectora*, 1ª ed., Granada, Comares, 639 pp.
- GALÁN GALÁN, Alfredo y otros (2020): *Entidades privadas colaboradoras de la Administración*, 1ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 186 pp.

- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón (2020): *Curso de Derecho Administrativo I*. 19ª ed., Madrid, Civitas. 872 pp.
- GIMENO FELIU, José María (2018): «La colaboración público-privada en el ámbito de los servicios sociales y sanitarios dirigidos a las personas. Condicionantes europeos y constitucionales», en esta REVISTA, nº 52, pp. 12-65.
- GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago (1997): «El desarrollo de una idea de colaboración en el Derecho Administrativo, con el ejemplo de la seguridad privada y otros», *Revista Española de Derecho Administrativo (REDA)*, nº 94, pp. 203-220.
- GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago (2004): «La responsabilidad administrativa en casos de colaboración de los particulares en el ejercicio de funciones administrativas», *Revista Española de Derecho Administrativo (REDA)*, nº 123, pp. 399-424.
- GRACIA RETORTILLO, Ricard (2020): «Las reclamaciones y los recursos contra las decisiones de las entidades privadas colaboradoras de la Administración», en GALÁN GALÁN, A. y otros, *Entidades privadas colaboradoras de la Administración*, 1ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 75 a 108.
- IZQUIERDO CARRASCO, Manuel (2000): *La seguridad de los productos industriales: régimen jurídico-administrativo y protección de los consumidores*, 1ª ed., Barcelona, Marcial Pons, 559 pp.
- PADRÓS I REIG, Carlos (2001): *Actividad administrativa y entidades colaboradoras: especial referencia a su actuación en el Estado autonómico y a las implicaciones económicas de su Régimen jurídico*, 1ª ed., Madrid, Tecnos, pp. 197.
- RAMIÓ MATAS, Carles y otros (2009): *La colaboración público-privada y la creación de valor público*, Colección Estudios, Serie Gobierno Local, 1ª ed., Barcelona, Diputación de Barcelona, 200 pp.
- SAINZ DE ANDINO, Pedro (1845). *Ensayo crítico sobre la contratación de la Bolsa de Comercio y las ventas simuladas de los efectos públicos*, Madrid, Imprenta de D. Vicente de Lalama, 191 pp.
- SAINZ MORENO, Fernando (1983): «Ejercicio privado de funciones públicas», *Revista de Administración Pública (RAP)*, nº 100-102, enero-diciembre, pp. 1699-1783.
- VELASCO CABELLERO, Francisco (2014): *Derecho público más Derecho privado*, 1ª ed., Madrid, Marcial Pons, 165 pp.
- VILALTA REIXACH, Marc (2020): «La articulación jurídica del traslado del ejercicio de funciones públicas a las entidades privadas colaboradoras de la Administración», en GALÁN GALÁN, A. y otros, *Entidades privadas colaboradoras de la Administración*, 1ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 17 a 52.
- ZANOBINI, Guido (1955): *L'esercizio privato delle pubbliche funzioni e l'organizzazione degli enti pubblici. Scritti vari di Diritto Pubblico*, Milán, Giuffrè, 484 pp.

Y SEGUIMOS A VUELTAS CON LAS ACTUACIONES URBANÍSTICAS DE DOTACION(*)

JESÚS MARÍA RAMÍREZ SÁNCHEZ

Abogado, doctor en Derecho, Universidad de Zaragoza

SUMARIO: I. LAS MUCHAS VECES INCOMPRENDIDAS ACTUACIONES DE DOTACIÓN: 1. ¿Qué hemos de entender por actuaciones de dotación? 2. Actuaciones de dotación como respuesta al deber constitucional de participación en las plusvalías. 3. Las actuaciones de dotación en la legislación urbanística aragonesa.– II. ¿CUÁNDO UN SUELO URBANIZABLE SE CONVIERTE EN SUELO URBANO CONSOLIDADO?: 1. ¿Cuándo un suelo urbanizado se convierte en urbano? 2. ¿Cuándo una urbanización se entiende jurídicamente terminada y completada? 3. Terminación de la totalidad de las obras de urbanización. 4. Pago de las cuotas de urbanización y cuenta de liquidación definitiva.– III. CLASIFICACIÓN Y CATEGORIZACIÓN DEL SUELO. ACTUACIONES DE DOTACIÓN O DE RENOVACIÓN DE LA URBANIZACIÓN; SUELO URBANO CONSOLIDADO O NO CONSOLIDADO: 1. Importancia de la cuestión, el régimen de derechos y deberes de los propietarios. 2. «Hacer ciudad» o «mejorar la ciudad». 3. Dotar de criterios para evaluar la necesaria renovación de la ciudad construida.– IV. DETERMINACIONES DE LOS DEBERES VINCULADOS A LAS ACTUACIONES DE DOTACIÓN: 1. Nacimiento de las obligaciones derivadas de las actuaciones de dotación. 2. Incremento de densidad, reequilibrio dotacional y modelo urbano. 3. Cálculo del desequilibrio dotacional por el planeamiento. 4. Propuesta de metodología para calcular la «carga de la reserva de suelo para dotaciones (CRsD) y forma de cumplimiento.– V. CONCLUSIONES.– VI. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: Las actuaciones de dotación, desde su aparición en nuestro derecho en 2007, no han tenido una pacífica acogida en la práctica urbanística. Las distintas legislaciones autonómicas han diferido en su interpretación, aplicación y en sus objetivos, así como en la vinculación de los deberes que suponen para los propietarios del suelo. La práctica de las actuaciones está siendo muy desigual, sometida a interpretaciones muy diversas en algunos aspectos muy relevantes, desconfianza en la figura o dudas en su aplicación. Tras más de una década, seguimos dando vueltas sobre esta figura clave para la renovación, sostenibilidad y mejora de la ciudad consolidada. Por ello este trabajo pretende reflexionar sobre las potencialidades de la figura y sobre tres cuestiones muy relevantes para su correcta aplicación en la práctica jurídico-urbanística: ¿Cuándo un suelo urbanizable se convierte en suelo urbano consolidado?, ¿en qué categoría de

(*) Trabajo recibido en esta REVISTA con fecha 29/01/2022 y evaluado favorablemente para su publicación el 18/05/2022.

suelo de desarrollan las actuaciones de dotación? y ¿cuáles son las determinaciones de los deberes vinculados a las actuaciones de dotación?

Palabras clave: actuación de dotación; dotación; suelo urbano; ciudad consolidada; participación plusvalías.

And we continue to vueltas with the endowment actions

ABSTRACT. Endowment actions, since their appearance in our law in 2007, have not had a peaceful reception in urban planning practice. The different regional legislations have differed in their interpretation, application and in their objectives, as well as in the linking of the duties that they imply for the owners of the land. The practice of the actions is being very unequal, subjected to very diverse interpretations in some very relevant aspects, distrust in the figure or doubts in its application. After more than a decade, we continue to think about this key figure for the renewal, sustainability and improvement of the consolidated city. For this reason, this work intends to reflect on the potential of the figure and on three very relevant questions for its correct application in legal-urban practice: When does developable land become consolidated urban land? In what category of land are the endowment actions carried out? and, What are the determinations of the duties linked to the actions of endowment?.

Keywords: staff performance; endowment; Urban ground; consolidated city; capital gains participation.

I. LAS MUCHAS VECES INCOMPRENDIDAS ACTUACIONES DE DOTACIÓN

La practica profesional, durante más de una década de existencia de las actuaciones de dotación, conduce a una conclusión irrefutable: las actuaciones de dotación resultan una figura incomprendida, malentendida, poco apreciada y de difícil aplicación en nuestro sistema urbanístico.

Por ello el objeto del presente trabajo es doble. De una parte, exponer las dificultades, pero también las potencialidades que, para lograr un modelo urbano más sostenible, pueden tener las actuaciones de dotación en suelo urbano. No diferenciando entre categorías de consolidado o no consolidado, sino como, a mi juicio, las configura la legislación básica desde el 2007, con un carácter singular y relacionado con la situación del suelo y la necesidad de hacer o no obras de urbanización en el ámbito en que se va a intervenir.

Y, en segundo lugar, reflexionar, desde la experiencia de la práctica profesional, sobre tres aspectos relevantes, y nada pacíficos, relacionados con las actuaciones de dotación entendidas como lo hace la legislación básica estatal y la mayoría de las legislaciones autonómicas. Un aspecto del ámbito territorial, en concreto de la condición de suelo consolidado; otro relativo a la propia actuación y su diferencia con las de reforma o renovación de la

urbanización; y, por último, sobre las condiciones necesarias para que nazcan las obligaciones de cesión derivadas de las actuaciones de dotación.

1. ¿Qué hemos de entender por actuaciones de dotación?

La complejidad del asunto, y lo correcto del diagnóstico anterior, es que se debe comenzar por intentar definir qué entendemos por actuaciones de dotación, lo que significa que no todo el mundo jurídico – urbanístico viene entendiendo lo mismo.

Una de las novedades más relevantes de la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de Suelo —ahora trasladada a los artículos 7.1.b) y 18.2 del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana (en adelante TRLSRU)— fueron las actuaciones de dotación, actuaciones de transformación urbanística en suelo urbanizado. Esta figura sigue generando, más de una década después, dudas en cuanto a su aplicación, alcance, contenido y obligaciones derivadas de la misma; y, sigue siendo malentendida y malinterpretada en muchos casos por técnicos y responsables municipales, profesionales del urbanismo y la edificación, promotores y propietarios de suelo.

A mi juicio, las actuaciones de dotación no son solo una fórmula de incrementar las dotaciones publicas en un ámbito urbano, como se ha entendido en muchos casos (1) —quizás debido a su denominación (2)—; ni deben ser

(1) Así lo enfoca A. ESPEJO CAMPOS (2020: 415), reconociendo sin embargo que su finalidad va más allá, pues junto al deber de cesión de suelo para dotaciones están sometidas al deber de cesión de aprovechamiento. Esta dualidad se encuentra claramente en el Decreto Legislativo 1/202, de 18 de junio, del Consell de la Generalitat Valenciana de aprobación del texto refundido de la Ley de ordenación el territorio, urbanismo y paisaje (art.74 b): «Las actuaciones de dotación cuyas determinaciones tienen por objeto prever los suelos dotacionales y el porcentaje público de plusvalías que se deriven de la atribución de un incremento de aprovechamiento consistente en un aumento de edificabilidad, de densidad o de un cambio de uso de diferente rentabilidad económica asignado sobre el otorgado por el planeamiento anterior, atribuido a parcelas concretas localizadas en una zona o subzona de suelo urbano, sin que la actuación requiera la reforma o renovación de la urbanización preexistente». O en el art.23.2 c) de la Ley 12/2017, de 29 de diciembre, de urbanismo de las Illes Balears: «c) Actuación de dotación: es aquella que habilita para la obtención en el suelo urbano de parcelas dotacionales en proporción a los incrementos de aprovechamiento que el planeamiento atribuya a determinadas parcelas concretas en los términos establecidos en el siguiente párrafo de este apartado y siempre que no precise de la reforma integral de la urbanización [...]».

(2) Así, la legislación aragonesa no denomina este tipo de actuaciones como de dotación, sino que las incluye en las actuaciones integradas con el objetivo de reajustar la proporción de las dotaciones públicas existentes, por aumentos de la edificabilidad o densidad preexistente, o atribución de nuevos usos. También la más reciente legislación urbanística —Ley 7/2021, de 1 de diciembre, de impulso para la sostenibilidad del territorio de Andalucía— ha denominado actuaciones de mejora urbana a aquellas de similares características y finalidades

una fórmula casi mecánica de recaudación económica de los ayuntamientos; ni son un sustitutivo de las Transferencias de Aprovechamiento Urbanístico (TAU), tan debatidas en los años noventa del pasado siglo; ni se pueden convertir en una fórmula para burlar el planeamiento mediante una contribución económica en metálico por unos nuevos derechos edificatorios.

Las actuaciones de dotación son la aplicación al suelo urbano de la obligación constitucional (art. 47 CE) de que la comunidad reciba una parte de las plusvalías generadas por la actuación urbanística; y son una necesaria técnica urbanística para poder actuar en la ciudad consolidada en el marco del principio de desarrollo urbano sostenible y con el fin de lograr una ciudad más densa, compacta, mixta, diversa y de mayor calidad urbana.

Como bien ha explicado G.R. FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ (2014: 49-53), entre otros autores, las actuaciones de dotación son la respuesta a la ambigua interpretación de la regulación que sobre los deberes de los propietarios de suelo urbano se hizo del artículo 14 de la Ley del Suelo 6/1998, amparada por la jurisprudencia, y que dio lugar a que los incrementos de edificabilidad o aprovechamiento o cambios de usos más lucrativos en solares se considerase que nada tenía que aportar a la comunidad aunque esos cambios generasen importantes plusvalías a sus propietarios, por considerarse que estaban *«jurídicamente consolidados por la urbanización»*. Al entender así la cuestión, se generaba una *«patrimonialización del beneficio y una socialización de las cargas»*, pues al incrementar la edificabilidad en un ámbito sin incrementar, y ceder, las correspondientes dotaciones públicas y el aprovechamiento lucrativo, se estaba vulnerando el principio general de reparto de cargas y beneficios en detrimento de los ciudadanos y de las arcas públicas. Por contra una interpretación correcta de nuestra Constitución y derecho urbanístico obliga a que todo suelo urbano al que el planeamiento atribuya nuevos usos y edificabilidades superiores a las preexistentes ya patrimonializadas deba ceder el suelo dotacional que le corresponda en proporción al aprovechamiento adicional atribuido, así, como en su caso, la participación en las nuevas plusvalías generadas.

También resulta de interés la opinión de J. HERVAS MÁS (2017: 620), para quien las actuaciones de dotación *«constituyen uno de los instrumentos más relevantes de nuestro Derecho urbanístico para abordar la regeneración urbana de la ciudad consolidada o histórica»*. La de A. ESPEJO CAMPOS (2020: 419), para el quien la mayoría de las CCAA que han regulado expresamente

que las actuaciones de dotación (art. 27): «1. Se consideran actuaciones de mejora urbana, sobre una parcela o conjunto de parcelas, aquellas que, en suelo urbano, tienen por objeto el aumento de edificabilidad, del número de viviendas o el cambio de uso o tipología, cuando precisen nuevas dotaciones públicas, generales o locales, o cuando impliquen un incremento del aprovechamiento urbanístico, que no conlleven la necesidad de reforma o renovación de la urbanización».

las actuaciones de dotación han optado por la interpretación «sistemática-finalista», frente a la interpretación «literal», es decir se reconoce que «*el objeto de la actuación de dotación es el incremento de aprovechamiento, densidad o cambio de uso y la dotación es la consecuencia o compensación*». O la de I. SERRANO LASA (2017: 303-304), quien considera las actuaciones de dotación «*fundamentales desde la perspectiva de la ciudad compacta*». Esta opinión, que comparto plenamente, pone el acento en el logro del equilibrio densidad edificatoria-equipamiento y en la flexibilidad del régimen aplicable «*incluso en intervenciones modificativas del Plan de nivel mínimo*».

La jurisprudencia ya ha tenido ocasión de pronunciarse en distintas sentencia a las que luego me referiré, no tanto sobre las actuaciones de dotación como instrumento de intervención en el suelo urbanizado, sino sobre los aspectos prácticos de las mismas, si solo caben en suelo urbano consolidado o también en el no consolidado; y cuándo estamos ante una actuación de dotación o de reforma o renovación de la urbanización; cómo afectan al régimen de derechos y deberes de los propietarios; cuándo y cuáles son las obligaciones para los propietarios derivadas de las actuaciones de dotación. Y ello viene derivado —como ya expuse— de una incorrecta comprensión de las actuaciones de dotación, quizás derivada de la propia regulación de la figura o de las variadas y contradictorias interpretaciones que los aplicadores del derecho en las distintas administraciones vienen haciendo.

2. Actuaciones de dotación como respuesta al deber constitucional de participación en las plusvalías

La principal duda, a mi juicio, que han generado las actuaciones de dotación se deriva de una insuficiente conceptualización de las mismas derivadas de un reduccionismo propio de quien debe aplicar la norma, pero no reflexiona el por qué de esa norma, y que la misma se integra en un sistema jurídico más amplio que el derecho urbanístico y el planeamiento urbanístico.

La legislación estatal desde 2007 establece las situaciones básicas del suelo —no clasifica suelo—, por sus circunstancias fácticas, no por lo que puedan llegar a ser sino por lo que es. Pero será la legislación autonómica la que, de conformidad con la Sentencia 164/2001 del Tribunal Constitucional, deba establecer los «*criterios de consolidación por urbanización, quien determine también que suelo urbano soporta deberes de cesión y cuales no*».

El artículo 7 TRLSRU establece las actuaciones de transformación urbanística que se pueden producir en las distintas situaciones básicas del suelo, pues estas reflejan situaciones reales y fácticas en un momento concreto. Caben actuaciones de urbanización que incluyen las de nueva urbanización, es decir, el paso de un ámbito rural al de urbanizado; y, actuaciones de reforma o

renovación de la urbanización de un ámbito de suelo urbanizado. Y caben actuaciones en suelo urbanizado que no requieren reforma o renovación de la urbanización, las actuaciones de dotación que tendrán por objeto *«incrementar las dotaciones públicas de un ámbito de suelo urbanizado para reajustar su proporción con la mayor edificabilidad o densidad o con los nuevos usos asignados en la ordenación urbanística a una o varias parcelas de ámbito y no requieran la reforma o renovación integral de la urbanización de éste»*.

Nos encontramos ante un problema de gestión del suelo urbano consolidado, clase de suelo que tiene un estatuto de derechos y deberes que vamos a llamar «privilegiado». La opinión mayoritaria en nuestro derecho, desde 1998, era que esa clase de suelo ya ha completado todo el ciclo de obligaciones y deberes que le corresponde y por tanto el propietario había ganado su derecho, en muchos casos patrimonializado por completo, y por tanto nada tiene que ceder ya si se produce alguna alteración por el planeamiento que mejore su situación de rentabilidad, pues como ya ha urbanizado y cedido en su momento ya no tiene que volver a contribuir o ceder.

Esta idea, arrastrada desde las primeras leyes urbanísticas fue matizada por el Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana (TRLR-92) y las leyes autonómicas que le siguieron, que dejaban abierta la posibilidad de que parte del nuevo aprovechamiento urbanístico que los planeamientos generaban en los suelos urbanizados fuera cedido (10 por 100) a la administración, bien mediante la inclusión del suelo urbanizado en áreas de reparto o bien mediante otras técnicas urbanísticas referidas a las transferencias. Pero esta realidad, se transformó con la regulación que se dio al artículo 14.1 de la Ley 6/98, de 13 de abril, sobre Régimen del Suelo y Valoraciones (LRSV), en el que para los propietarios de terrenos en *«suelo urbano consolidado por la urbanización»* no se exigía otra obligación que la de completar a su costa la urbanización necesaria para alcanzar la condición de solar, edificarlos en plazo, sin tener ninguna obligación de cesión de aprovechamiento en ningún caso (3).

Pero será con la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de suelo (LS07), cuando este concepto, relativo a la gestión del suelo urbanizado vuelva a ponerse en cuestión. Las actuaciones en suelo urbanizado (urbano consolidado) que incrementan la edificabilidad, densidad o que modifican el uso sin necesidad de urbanizar o modificar la urbanización y de equidistribuir, son actuaciones que también pueden generar plusvalías del suelo y desequilibrios dotacionales, por lo que deben participar de algún deber y obligación, aun siendo suelo urbano

(3) M. RAZQUIN LIZARRAGA (2007: 71) al comentar los deberes de los propietarios de suelo urbano consolidado.

plenamente urbanizado, para cumplir con el mandato constitucional del artículo 47 CE; y, deben posibilitar el equilibrio dotacional, para mantener la calidad del medio urbano como parte del principio de desarrollo urbano sostenible. A mi juicio, los conceptos o ideas clave de las actuaciones de dotación son la participación en las plusvalías que constitucionalmente corresponde por la acción urbanística a la comunidad; y el reequilibrio dotacional del ámbito en que se produce.

3. Las actuaciones de dotación en la legislación urbanística aragonesa

La legislación aragonesa —Ley 3/2009, de 17 de junio, de Urbanismo de Aragón, en adelante LUA09—, optó en palabras de J.L. CALVO MIRANDA (2012-296) por no agotar las posibilidades legales de las actuaciones de dotación limitándose a afirmar *«que se trata de ámbitos de suelo urbano en los que el planeamiento incrementa de forma consciente el aprovechamiento urbanístico preexistente, aun cuando el suelo se encuentre completamente urbanizado (art.13.3 LUA'2009)»*. Como nota fundamental destaca que formalmente se clasifica y categoriza el suelo en que se desarrollan como urbano no consolidado, pues, a su juicio, es la única posibilidad de imponer cargas a los propietarios. Son actuaciones que requieren un proceso de gestión urbanística, no son actuaciones aisladas. Y tiene un carácter residual y excepcional.

El vigente Decreto-Legislativo 1/2014, de 8 de julio, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Urbanismo de Aragón, en adelante TRLU, considera, artículo 13, que será suelo urbano no consolidado *«los terrenos de suelo urbano que soporten actuaciones urbanísticas integradas, sean de nueva urbanización o de intervención sobre suelos consolidados total o parcialmente por la edificación...»*. Se consideran actuaciones integradas o de transformación urbanística —actuaciones de gestión urbanística— y no actuaciones aisladas en suelo urbano consolidado.

Es en el art. 118.2 y 3 TRLU donde encontramos las clases de actuaciones urbanísticas, aisladas (asistemáticas) o integradas o de transformación urbanística (sistemáticas); y, una referencia a las obligaciones de las actuaciones urbanísticas similar a la legislación básica estatal para las actuaciones de dotación. En atención a su objeto, el apartado 3 del artículo 118, dentro de las actuaciones integradas o de transformación urbanística, distingue: de urbanización, de rehabilitación urbana y de *«intervención en suelos consolidados total o parcialmente por la edificación que no tengan la naturaleza de actuación de rehabilitación urbana»*. Encontramos una vez más la confusa terminología sobre actuaciones urbanísticas —de transformación urbanística en función de la necesidad, o no, de intervención en la urbanización; y, de las

actuaciones sobre el medio urbano, de naturaleza más sectorial—, pero en cualquier caso, la categoría de suelo urbano será de no consolidado para todas estas actuaciones.

El art. 134 incluye entre las actuaciones integradas «d) *El reajuste de la proporción de las dotaciones públicas existentes, por aumentos de la edificabilidad o densidad preexistente, o atribución de nuevos usos, cuando conlleven la definición de una unidad de ejecución conforme a las determinaciones de esta Ley*».

El art. 127.4 TRLUA establece el aprovechamiento de los propietarios de suelo urbano «*cuando sea necesario un reajuste de la proporción de las dotaciones existentes y de la participación en las plusvalías, por aumentos de la edificabilidad o densidad preexistente, o atribución de nuevos usos, [...]*». Es el artículo 118.4 TRLUA, donde con referencia a la normativa básica estatal, se establece que las actuaciones previstas en el apartado 3 —de urbanización, de rehabilitación urbana y de intervención en suelos consolidados total o parcialmente por la edificación que no tengan la naturaleza de actuación de rehabilitación urbana— darán «*lugar a la realización de cesiones de suelo para dotaciones locales o a la cesión del aprovechamiento que corresponde al municipio por participación en las plusvalías producidas por incrementos de edificabilidad, densidad o cambio de uso que suponga aumento del aprovechamiento objetivo, sin perjuicio de lo establecido para las actuaciones de rehabilitación urbana*». Es decir, las obligaciones que para las actuaciones de dotación establece el artículo 18.2 TRLSRU.

A mi juicio el legislador aragonés optó, y sigue optando, por una interpretación restrictiva de la figura que había diseñado la LS07. Las potencialidades para intervenir en la ciudad consolidada y permitir actuaciones aisladas —no sistemáticas, en parcelas con posibilidades de renovación, aumento de la densidad o de la capacidad y volumetría edificatoria—, buscando un modelo más sostenible queda prácticamente imposibilitada por la regulación dada en la ley aragonesa. Se olvida la característica básica de la situación básica del suelo, el grado de urbanización y la intensidad en la intervención sobre la urbanización que acompañara a la actuación. Como analizaré más adelante, está es una cuestión clave para diferenciar los tipos de actuación. La consideración de suelo urbano no consolidado, como lo hacen la mayoría de las legislaciones autonómicas, lleva a que las obligaciones de los propietarios se asimilen a las del suelo urbanizable. La necesidad de delimitar unidades de ejecución, actuación sistemática, impide actuaciones aisladas en una parcela individual, cosa que en otras CCAA es posible (4), si bien es cierto que la mayoría de las

(4) Así, por ejemplo, la legislación navarra no acude a la fórmula del incremento o reajuste de las dotaciones, sino que las define (art.90.5 Decreto Foral Legislativo 1/2017, de

legislaciones optan por requerir la integración de las actuaciones de dotación en unidades de ejecución o ámbitos de planeamiento y gestión sistemática.

II. ¿CUÁNDO UN SUELO URBANIZABLE SE CONVIERTE EN SUELO URBANO CONSOLIDADO?

Las actuaciones de dotación solo caben en suelo urbanizado, y por tanto en suelo clasificado por las distintas legislaciones autonómicas como suelo urbano. Pero las distintas legislaciones autonómicas difieren en que categoría caben las actuaciones de dotación. Así ya expuse que Aragón las entiende en suelo urbano no consolidado, al igual que Castilla y León, Galicia, Asturias, País Vasco, Cataluña, Castilla La Mancha, Islas Canarias y Madrid. La Comunidad Foral de Navarra, Murcia, Cantabria y La Rioja, suelo urbano consolidado. Andalucía, Comunidad Valenciana, Islas Baleares, y Extremadura no distinguen entre categorías del suelo urbano.

Esta cuestión, por tanto, es la primera que viene generando dudas, controversias y cuestiones litigiosas, algunas de indudable trascendencia práctica, y, por tanto, que merece una reflexión con la finalidad de buscar un criterio único, o al menos que genere menores incertidumbres.

1. ¿Cuándo un suelo urbanizado se convierte en urbano?

Esta pregunta parece una obviedad, pero, como se verá, puede resultar determinante para aplicar las actuaciones de dotación en muchas parcelas de sectores urbanizados por fases o de forma parcial, algo nada infrecuente tras la crisis inmobiliaria del 2008 y sus devastadoras consecuencias para el desarrollo y ejecución de muchos sectores de suelo urbanizable.

El suelo urbano coincide con la situación básica de suelo urbanizado (art.21.3 TRLSRU), pero el legislador estatal dejó una posibilidad a las CCAA de categorizar el suelo como urbano consolidado (plenamente urbanizado) y no consolidado (carente de algún servicio básico, si bien lo alcanzará con obras de conexión a las instalaciones preexistentes; o necesitado de renovación

26 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Foral de Ordenación del Territorio y Urbanismo, en adelante, TRLFOTU) como *«aquellas que tienen por objeto, en el ámbito del suelo urbano el incremento de la edificabilidad, densidad o modificación del uso urbanístico, y no requieren la reforma o renovación de la urbanización de aquel»*. Estas actuaciones se desarrollan en suelo urbano consolidado (art.90.3 TRLFOTU) por no requerir una reforma o renovación de la urbanización, sino la actuación sobre una, o varias, parcelas ya urbanizadas correcta y suficientemente para el destino que van a tener. Como se ve una radical diferencia con la legislación aragonesa, pero a mi juicio, más en línea con la legislación estatal.

de la urbanización ya existente). Conforme a este planteamiento, refrendado y asumido en general por las legislaciones autonómicas el suelo urbanizado, transformado, que es el que reúne las características del art. 21.3 y 4 TRLSRU —art.21 del Decreto 2159/1978, de 23 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Planeamiento Urbanístico— y los requisitos exigidos en las leyes autonómicas, deberá ser clasificado por el planeamiento como suelo urbano. Por tanto, estamos ante una clase reglada de suelo en la que no cabe discrecionalidad, estamos ante un imperativo legal impuesto por la fuerza normativa de lo fáctico.

Así lo pone de manifiesto también una más que consolidada y reiterada jurisprudencia de la que son un buen ejemplo la STS de 27 de 1 de diciembre de 2015, recurso de casación nº 226/2014, *«La clasificación de suelo urbano tiene carácter reglado, carácter que comprende la concurrencia de determinados servicios urbanísticos, la suficiencia de estos desde la perspectiva urbanística y la inserción del suelo de que se trate en la malla urbana»*; o la STS de 23 de enero de 2015, recurso de casación nº 3716/201, que hace un repaso de un número importante de sentencias que entienden *«el suelo urbano como un concepto reglado limitativo de la potestad discrecional del planeamiento»*.

Pero una situación normal es que un suelo clasificado por el planeamiento como urbanizable, haya desarrollado el planeamiento —plan parcial— y se haya gestionado en legal forma, mediante los correspondientes proyectos de equidistribución y urbanización, habiéndose ejecutado, mediante las correspondientes obras de urbanización, una o varias de las fases previstas en el plan parcial. Ello ha llevado a una utilización de la urbanización, su recepción total o parcial por el ayuntamiento, la edificación de las parcelas y que las mismas se hayan habitado. Pero formalmente, para el planeamiento, sigue figurando como un sector de suelo urbanizable, y puede ocurrir que alguna de las fases de la urbanización no esté totalmente concluida.

Esta situación se produce, por ejemplo, en un importante desarrollo urbanístico en Pamplona. La totalidad de la urbanización del AR3, sector «Arrodasía-Lezkairu», ha sido ejecutada mediante nueve fases, ya concluidas, faltando una última fase ya en ejecución. Faltarían igualmente tres obras o partidas generales o exteriores que debe realizar la Mancomunidad de la Comarca de Pamplona. No se ha aprobado la cuenta de liquidación definitiva del Proyecto de Reparcelación y, por tanto, no se ha dado por definitivamente cerrada la actuación. En las parcelas donde se pretendía llevar a cabo una actuación de dotación —unidades AC1, AC2 y AC3—, fueron urbanizadas en la primera fase de Arrosadía (segunda de Lezkairu), concluyendo las citadas obras el 22 de febrero de 2010, tras dos años y tres meses de obras. Mediante acuerdo del Consejo de Gerencia de Urbanismo de 23 de junio de 2010 —acta de

recepción de fecha 14 de mayo de 2010— fueron recibirán las obras de urbanización de la 2º fase de Lezkairu (1º fase de Arrosadia).

La cuestión es si sobre esas parcelas, y fincas registrales, ya urbanizadas, y cuya fase ha sido recibida por la administración, cabe una actuación de dotación, o, por el contrario, y como opinaron los servicios jurídicos de la Gerencia del Ayuntamiento de Pamplona, esas parcelas no se pueden considerar suelo urbano, y por tanto no caben actuaciones de dotación.

Vista la realidad jurídico-urbanística de las unidades y la realidad física de las parcelas, poca duda cabe que las mismas tienen las características de hacen que un suelo deba clasificarse como urbano. Si en este momento se redactase un nuevo planeamiento sobre ese ámbito, se puede concluir que esas parcelas serían clasificadas como suelo urbano consolidado por disponer de todos los servicios que hacen a un suelo merecedor de esa clasificación y categoría. Acudiendo a la figura del *jurista persa*, diremos que —como en aquel texto del Magistrado Cruz Villalón— ante la curiosidad de aquél por conocer ante que clase de suelo nos encontramos, la respuesta sería muy sencilla, ante suelo totalmente urbanizado y, por tanto, urbano.

En este caso las parcelas están legalmente integradas en la malla urbana conformada por la red de viales y dotaciones; están urbanizadas en ejecución del Plan Parcial y Proyecto de Urbanización; y tiene instaladas y operativas las infraestructuras y los servicios necesarios para, mediante su conexión a red, satisfacer la demanda de los usos y edificaciones previstas por la ordenación urbanística. La mayoría de las parcelas están ocupadas por edificación según la ordenación propuesta, y sobre las parcelas vacantes caben actuaciones edificatorias.

La primera pregunta que surge es si podemos entender que las parcelas están totalmente urbanizadas en ejecución del Proyecto de Urbanización toda vez que no se ha concluido una fase del mismo, ni determinadas infraestructuras generales o exteriores del área de reparto; y que no se ha elaborado la cuenta de liquidación definitiva de la reparcelación y por tanto no se ha cerrado el sistema de actuación. De ello va a depender, por tanto, que se pueda llevar a cabo una actuación de dotación sobre una de esas parcelas hoy vacantes, o deba acudir a una modificación de plan parcial, con las consecuencias de entender que se le deben aplicar las obligaciones del suelo urbanizable, y no las de las actuaciones de dotación.

Volveré de inmediato sobre esa cuestión, pero previamente, y aunque resulte obvio, se debe recordar que la clasificación de suelo como urbano es un concepto reglado en el que no cabe debate alguno como reconoce ampliamente la doctrina y jurisprudencia, y que limita de forma absoluta la discrecionalidad del planeamiento urbanístico. Con amplísima referencia y citas de jurisprudencia, E. DESDENTADO DAROCA (1997: 409) afirma que «La

clasificación del suelo urbano depende única y exclusivamente del hecho físico de la urbanización [...]. La Administración está vinculada por esa realidad que debe necesariamente reflejar en sus determinaciones clasificatorias; se impone la fuerza normativa de lo fáctico. El concepto de suelo urbano es, pues, "un concepto rigurosamente reglado" ...» (5). A la misma conclusión llega C. DE GUERRERO MANSO (2011: 245): «Por otro lado, los terrenos que adquirirán la condición de urbanos en ejecución del planeamiento habrán de clasificarse previamente como urbanizables, debiendo transformarse en cuanto tales, es decir, mediándolas cesiones exigidas para dicho tipo de suelo. Sólo tras la efectiva transformación del terreno, que tenga como resultado su asimilación con los otros dos supuestos del suelo urbano se podrá considerar incluido en dicha clase de suelo, sin que sea precisa par ello la modificación del instrumento de planeamiento».

La administración carece según la jurisprudencia de discrecionalidad alguna a la hora de delimitar el suelo urbano. Y si ello se entiende así de forma indubitada en el planeamiento ¿puede no serlo en algún otro momento? Es decir, si un suelo es urbano lo es desde que concurren los presupuestos legales que hemos citado, y para siempre. Podrá ser consolidado o no consolidado, en función de las actuaciones que se puedan desarrollar en el mismo, y que impliquen, o no, renovación o reforma de la urbanización. Pero su condición de suelo urbano se adquiere fácticamente y no se pierde en modo alguno.

Se trata de un criterio dinámico de clasificación que se refiere no a la situación fáctica al momento de la clasificación sino a la que adquirirá con la ejecución de la previsión del Plan. Pero aquí lo que nos interesa no es la clasificación de origen, que ninguna duda cabe que fue correcta como suelo urbanizable, sino el momento en que hemos de entender que el suelo ya ha adquirido a todos los efectos la condición de urbano, ya que esa condición no depende de una decisión, acuerdo o voluntad de la administración o del planificador, sino que se adquiere por la fuerza de lo *factico*. Lo que nos interesa es en qué momento un suelo urbanizable una vez que se ha urbanizado en legal forma se debe considerar ya urbano, como mantienen la jurisprudencia de manera reiterada y constante, siendo buen ejemplo de ello la STS de 3 de diciembre de 1997, recurso de casación n° 2441/1992 (6); o, la STS de 22 de junio de 1999, recurso de casación n° 5821/1993.

(5) Solo como ejemplo, véase la STS de 23 de enero de 2015, rec. casación n° 3716/2012.

(6) «Resulta, por lo tanto, equivocada la tesis de la Sección 2ª de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de que "puede existir un suelo urbano no urbanizado" y que se apoya en dos argumentos erróneos, a saber, primero, que el artículo 78 del Texto Refundido considera urbanos a los terrenos que, sin estar urbanizados, llegan a estarlo en ejecución del Plan (argumento que olvida el dato fundamental

2. ¿Cuándo una urbanización se entiende jurídicamente terminada y completada?

La LS07 dio un paso más para consolidar esta doctrina. El legislador estatal no puede clasificar suelo, y así lo puso claramente de manifiesto en la Exposición de Motivos de la Ley. Por ello acude a definir las situaciones básicas en que puede encontrarse el suelo, y para ello lo esencial va a ser el grado de urbanización con que cuente el suelo. Por ello, resulta imprescindible conocer cuando, en sentido jurídico, se entiende que una urbanización está concluida.

Así el vigente artículo 21 TRLSRU diferencia las dos situaciones básicas en las que se puede encontrar el suelo: rural y urbanizado. La legislación básica estatal no clasifica el suelo, sino que expresa la realidad física del suelo. No introduce concepto jurídico ni urbanístico alguno. El suelo rural es aquel que no está transformado por la urbanización, y el suelo urbanizado el que sí está urbanizado. Estas situaciones básicas van a determinar el estatuto jurídico de la propiedad del suelo, el contenido, derechos y deberes del suelo que se encuentre en una u otra situación, algo para lo que sí tiene competencia la legislación básica estatal por afectar ello a la igualdad de todos los ciudadanos y ciudadanas españolas.

Como ya expresé, el TRLSRU (art. 21.3) amplía y concreta las características del suelo urbanizado y lo hace totalmente coincidente con el suelo urbano «urbanizado» de las legislaciones estatales anteriores y autonómicas. El suelo que las legislaciones autonómicas (y anteriores estatales) clasifican como urbanizable es una situación de suelo rural [art. 21.2 b) TRLSRU].

De la lectura conjunta del art. 21.1 b) y 21.3 TRLSRU resulta que es suelo rural (por no estar transformado por la urbanización, es decir, urbanizado) el que el planeamiento prevea o permita su urbanización (paso a la situación de urbanizado) «hasta que termine la correspondiente actuación de urbanización». Y está en situación de suelo urbanizado «el que ha sido urbanizado en ejecución del correspondiente instrumento de ordenación» o el que ya tiene «instaladas y operativas, conforme a lo establecido en la legislación urbanística aplicable, las infraestructuras y los servicios necesarios, mediante su conexión en red para satisfacer la demanda de los usos y edificaciones existentes o previstos por la ordenación urbanística o poder llegar a contar con ellos sin otras obras que las de conexión con las instalaciones preexistentes».

Tenemos que interpretar a mi juicio tres cuestiones: ¿qué es una actuación de urbanización?, ¿cuándo se entiende terminada? y ¿qué se entiende por «haber sido urbanizado en ejecución del correspondiente instrumento de ordenación»?

de que esos terrenos deben ser clasificados por el planificador como urbanizables, y que sólo con el proceso de urbanización se conviertan, sin ningún tipo de declaración especial ni modificación de la clasificación, en urbanos)...

Una actuación de urbanización es una actuación de transformación urbanística [art. 7 1.a) TRLSRU] bien de nueva urbanización o que tengan por objeto reformar o renovar la urbanización. Las primeras —supuesto del suelo urbanizado— «suponen el paso de un ámbito de suelo de la situación de suelo rural a de urbanizado para crear, junto con las correspondientes infraestructuras y dotaciones públicas, una o mas parcelas ...».

El art. 7.4 TRLSRU es muy terminante en cuando debe entenderse terminada una actuación de urbanización:

«4. [...]La terminación de las actuaciones de urbanización se producirá cuando concluyan las obras urbanizadoras de conformidad con los instrumentos que las legitiman, habiéndose cumplido los deberes y levantado las cargas correspondientes. La terminación se presumirá a la recepción de las obras por la Administración o, en su defecto, al término del plazo en que debiera haberse producido la recepción desde su solicitud acompañada de certificación expedida por la dirección técnica de las obras».

La ley de suelo exige se cumplan tres requisitos: Conclusión de la ejecución de las obras de conformidad con el instrumento de planeamiento de desarrollo y ejecución; cumplimiento de los deberes propios de las actuaciones de nueva urbanización, art. 18.1 TRLSRU; y, levantamiento de las cargas correspondientes. Es decir, las cargas y gastos de urbanización previstas en las legislaciones autonómicas, que se inscriben como afectación real de la parcela. Las dudas que pueden haber para poder afirmar que se ha terminado la actuación de urbanización son tres:

- a) Si se debe entender que es exigible la terminación de la totalidad de la obra de urbanización de un sector, incluidas las infraestructuras exteriores o de conexión, cuando la urbanización se ha programado legalmente por fases.
- b) Si hasta que no se pague la última de las cuotas de urbanización, y por tanto se apruebe la liquidación definitiva de la reparcelación, no se puede entender concluida la urbanización; y
- c) Si hasta que no se presente el acuerdo de aprobación de la liquidación definitiva no cabe el levantamiento de la afectación real sobre las parcelas del sector, carga urbanizadora.

3. Terminación de la totalidad de las obras de urbanización

En cuanto a la primera cuestión, terminación de la totalidad de las obras, la propia legislación estatal presume, presunción *ius tantum*, que la urbanización se ha terminado si hay recepción formal de la misma por la administración. La recepción de las obras de urbanización —en el supuesto que nos sirve de ejemplo de una fase de las previstas en el Plan Parcial y proyecto de

Urbanización—, resulta un elemento decisivo y determinante. La recepción de la obra de urbanización de la fase en que se llevaría a cabo la actuación de dotación se produjo en legal forma por la administración competente conforme a la previsión legal.

En cuanto a las fases de urbanización, será el art. 180.2 RGU —y las legislaciones autonómicas— el que permite de una parte la ejecución por fases de las obras de urbanización, y sobre todo la cesión, y recepción, parcial (7). Supone ello que el acta de recepción de los obras de urbanización de una fase y el acuerdo del órgano administrativo competente, son un acto formal y expreso por el que se recibe una parte (fase de la urbanización) que esta completa y terminada y que es una unidad funcional directamente utilizable. La administración no solo ha presumido, sino que ha expresado formalmente, que las obras de urbanización de la fase en la que se encuentran la parcela objeto de actuación están concluida conforme al planeamiento y proyecto de urbanización.

De la redacción del art. 21.3 a) y b) del TRLSRU, es evidente que, si las parcelas están urbanizadas en ejecución del plan, — se debe entender que lo están cuando ha sido recibida la urbanización por ser unidades funcionales directamente utilizables, sin requerir, en su caso, para su correcto uso la terminación de las obras exteriores aún pendientes— han de considerarse suelo urbanizado y no suelo rural.

Para G. CORTÉS CORTÉS (2001: 288) por unidad funcional directamente utilizable, hemos de entender una

«unidad territorial que, aunque no constituya la totalidad de la actuación, posee autonomía propia en cuanto a la prestación de los servicios y su normal funcionamiento, de tela manera que los terrenos serán aptos para la edificación por reunir los requisitos exigidos para tener la calificación legal de “solar”. Es decir, que, desde el punto de vista urbanístico, dispone de todos los servicios e instalaciones necesarias para su correcto funcionamiento y no depende de posteriores actuaciones ajenas, en orden a la edificación inmediata».

La jurisprudencia —como ejemplo podemos citar la STS de 2 de junio de 1997, recurso de casación nº 13327/1991 (8)— y las legislaciones autonómi-

(7) «La cesión a que alude el número anterior podrá referirse a una parte del polígono o unidad de actuación aun cuando no se haya completado la urbanización de ese ámbito territorial, siempre que el área ya urbanizada constituya una unidad funcional directamente utilizable y se haya producido respecto de la misma la recepción definitiva por parte de la Junta de Compensación».

(8) También la STSJ de Aragón de 23 de diciembre de 2016 (rec.73/2014); STSJ Comunidad de Madrid de 14 de junio de 2017 (rec.442/2016); STSJ Comunidad de Madrid de 20 de febrero (rec. 1353/1995) y, la STSJ Asturias de 27 de febrero de 2015 (rec.233/2014).

cas (9), han reconocido sin duda alguna la posibilidad de recepción parcial, exigiendo el requisito de que la unidad funcional sea operativa y utilizable. La sentencia citada resulta muy clara al respecto de la cuestión:

«Finalmente, y respecto de la auténtica cuestión de fondo, que es la de si cabe la recepción parcial de las obras (estado admitido que aún no se ha realizado la zona verde prevista en el Plan al Oeste de la Urbanización), la respuesta debe ser positiva. El [...], (que es un trasunto del artículo 180-2 del Reglamento de Gestión Urbanística), permite la recepción parcial y no excluye de esa posibilidad el supuesto de que lo que falte por hacer sea una zona verde. Existe una prueba pericial en autos acerca de que la urbanización puede funcionar y ser directamente utilizable, aunque esté sin realizar la zona verde [...].» (FJ Octavo).

Como conclusión diré que a mi juicio no es exigible la terminación de la urbanización completa, todas las fases previstas y obras exteriores, para recibir una o varias fases que sean funcionalmente utilizables. Y en ese caso ha de entenderse terminada la actuación de urbanización respecto de las parcelas incluidas de la fase recibida, pues las mismas ya pueden ser objeto de licencia de edificación, etc. y por tanto tendrían la situación básica de suelo urbanizado y serían *ope legis* suelo urbano.

4. Pago de las cuotas de urbanización y cuenta de liquidación definitiva

En cuanto a si es necesario el pago de cuotas y liquidación definitiva de la reparcelación hemos de atender a que la cuenta de liquidación definitiva de la reparcelación tiene lugar cuando concluya la urbanización de la unidad reparcelable o ámbito de actuación. Las distintas legislaciones autonómicas establecen un plazo legal para redactar por la Administración actuante la liquidación definitiva en los distintos sistemas de actuación. Si la administración, sistema de cooperación, no han girado las últimas cuotas en el plazo que estaba previsto legalmente, así como en el planeamiento, y era su responsabilidad como administración actuante al actuarse mediante sistema de cooperación, no puede ello suponer que la situación real de las parcelas, urbanizadas y recibida la urbanización de la unidad funcional, quede desplazada y anulada por incumplimiento procedimental de la misma administración que urbanizó, recibió las obras, ha concedido licencias sobre las mismas, y mantiene y conserva la urbanización recibida. Esta cuestión, la concesión de licencias de

(9) El artículo 123. 5 y 6 del Decreto-Legislativo 1/2014, de 8 de julio, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Urbanismo de Aragón, prevé expresamente la cesión y recepción de las obras de urbanización de una parte del sector o unidad de actuación siempre que constituya una unidad funcional directamente utilizable.

obras y de primera ocupación para un importante número de viviendas en el ámbito, es otro dato objetivo de la consideración de las parcelas como solares edificables, y, por tanto, suelo urbano.

El derecho a la edificar sobre unidades aptas para ello, se concreta, en las legislaciones autonómicas, en hacerlo sobre solares, que reúna los siguientes requisitos: estar urbanizadas con arreglo a las normas establecidas por el planeamiento; que tengan alineaciones y rasantes; y que hayan realizado el reparto de cargas de la urbanización.

En cuanto al levantamiento de las cargas, afección de las fincas de resultado al cumplimiento de la obligación de urbanizar, se debe acudir al art.19 y 20 del Real Decreto 1093/1997 de 4 de julio, por el que se aprueban las normas complementarias al Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria sobre inscripciones en el Registro de la Propiedad de actos de naturaleza urbanística (en adelante, RHU) y art.126 RGU. En la inscripción de cada finca de resultado la misma queda afecta al pago del saldo de liquidación definitiva de la cuenta del proyecto de reparcelación. Pero el art. 20 RHU establece que la caducidad se produce por el transcurso de siete años desde que se extendió la nota de afección, sin que en ningún caso puede exceder de siete años de la fecha original. Por tanto, la invocación al levantamiento de las cargas, como argumento para no considerar el suelo como urbanizado, sería improcedente en muchos casos, pues la afección puede estar caducada y no surtir efecto alguno, aunque no se haya procedido al levantamiento de la carga inscrita registralmente.

Como conclusión, a mi juicio, no cabe una interpretación maximalista de los tres requisitos que prevé el artículo 7.4 TRLSRU para entender terminada una actuación de urbanización, sino que se debe acudir a analizar en cada caso la realidad del sector y de la parcela en la que se prevé actuar, y ponderar jurídica y fácticamente la situación, para poder concluir si estamos ante un suelo urbano en el que cabe una actuación de dotación.

III. CLASIFICACIÓN Y CATEGORIZACIÓN DEL SUELO. ACTUACIONES DE DOTACIÓN O DE RENOVACIÓN DE LA URBANIZACIÓN; SUELO URBANO CONSOLIDADO O NO CONSOLIDADO

1. Importancia de la cuestión, el régimen de derechos y deberes de los propietarios

Esta cuestión resulta quizás la más controvertida de las que vengo a analizar. Algunas actuaciones no ofrecen duda alguna. Así por ejemplo si la actuación urbanística pretende incrementar en un edificio consolidado una planta, o se pretende un cambio de uso de oficinas a residencial en un edificio, no cabe duda de que estamos en una actuación de dotación. Pero sí en una

manzana que puede ser de dimensiones importantes — pensemos en un colegio, en espacio deportivo, unos cuarteles o en un equipamiento sin uso— se decide convertirla en residencial, en la que se construirán varios edificios destinados a viviendas u oficinas, y un espacio público o una dotación por el mismo propietario, pueden surgir dudas o interpretaciones distintas sobre si estamos ante una actuación de dotación o de renovación o reforma de la urbanización.

Como hiciera en el epígrafe anterior, la reflexión parte de un ejemplo concreto. Se trata de una parcela sita en Burlada (Navarra), de casi 50.000 m², resultante de un proyecto de urbanización, en un sector totalmente urbanizado y edificado, cuyo uso era comercial, y sobre la que se iba a construir un centro comercial en un entorno urbano residencial. No se discute su condición de solar. Para la administración, la actuación propuesta de cambio de uso de comercial a residencial para edificar un importante número de viviendas, no era de dotación, ya que la modificación de planeamiento conllevaba la reforma o renovación de la urbanización de la parcela y de ciertos espacios de dominio y uso público externos; se creaban nuevos espacios dotacionales y de servicios que deben cederse gratuitamente a la administración, requiriendo la modificación del proyecto de reparcelación.

No se discute ni que estamos en suelo urbano consolidado ni la condición de solar de la parcela objeto del proyecto, sino lo que se discute es si la actuación que se pretende llevar a cabo supondrá que el suelo pierda su condición de consolidado por conllevar una nueva ordenación y urbanización de la parcela, con creación de nuevos espacios dotacionales y de servicios que deben cederse gratuitamente a la administración (10). En las legislaciones autonómicas — caso de Aragón— que directamente consideran como suelo urbano no consolidado a aquel en que se va a desarrollar cualquier actuación de transformación urbanística, bien de reforma o renovación de la urbanización o bien de dotación, esta discusión resulta intrascendente, pero no así en legislaciones como la Navarra, o en aquellas que ya no diferencian categorías en el suelo urbano, como las recientes leyes andaluza o extremeña.

Si estamos en un suelo urbano consolidado, la actuación que se propone es una actuación de dotación y las obligaciones o deberes de los propietarios serán las previstas en el artículo 18.2 TRLSRU. Si es suelo urbano no conso-

(10) Esto se contradice con la opinión por mi mantenida en J.M. RAMÍREZ SÁNCHEZ (2008: 287-289) al comentar la LS07. Allí mantenía que para que se produjera una actuación de dotación una de las reglas para ello era que se delimitará por el planeamiento «ámbitos de actuación (unidades de ejecución del planeamiento, continuas o discontinuas (esto parece que será lo habitual), en que se incluyan los incrementos de edificabilidad o densidad, o cambios de uso y los nuevos dotaciones...». Esta afirmación, que hoy no mantengo, debe matizarse en cuanto a que esos ámbitos no tienen por qué ser unidades de gestión urbanística, sino que lo que se precisa es definir áreas homogéneas en las que calcular la necesidad de dotaciones, como argumentare más adelante.

lidado la actuación que se propone es una actuación de urbanización, cuyo objeto será la reforma o renovación de la urbanización de un ámbito de suelo urbanizado y las obligaciones o deberes de los propietarios serán las previstas en el artículo 18.1 TRLSRU. A mi juicio, la legislación estatal quiere definir y diferenciar, y no quiere aplicar los mismos deberes a unos y otros propietarios. Una buena parte de las legislaciones autonómicas no han seguido este camino, aquellas que siguen diferenciando entre categorías de suelo urbano, y que asimilan cualquier transformación en una parcela o ámbito con la pérdida de la condición de suelo urbano consolidado lo que conlleva aplicar un más exigente régimen de deberes.

La consideración del suelo en una u otra categoría no es una cuestión menor ni una discrepancia de cómo entender la ley. El régimen de derechos y deberes de una u otra categoría es tan distinto que hará que la actuación prevista sea viable o inviable, pues los deberes vinculados a la promoción (Estatuto básico de las actuaciones urbanísticas) es indisponible como condición básica de la igualdad en el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes constitucionales (Disposición final segunda TRLSRU). Significa ello que, si el suelo del ámbito en el que se va a actuar es suelo urbano no consolidado, el propietario deberá volver a entregar al Ayuntamiento el *«suelo libre de cargas de urbanización correspondiente al porcentaje de la edificabilidad media ponderada de la actuación...»*; y tras la reciente STS de 16 de febrero de 2021, recurso de casación nº 205/2021, será obligatorio contemplar la reserva de suelo para vivienda de promoción pública. Si estamos ante una actuación de dotación, el deber de entrega del *«suelo libre de cargas correspondiente al porcentaje de la edificabilidad media ponderada de la actuación...»* se referirá *«sólo al incremento de la edificabilidad media ponderada, que, en su caso, resulte de la modificación...»* y en general se limitarán los deberes vinculados, y, no procederá la reserva anteriormente citada para vivienda protegida. Se trata, en suma, de conocer si la actuación va a suponer una renovación o reforma de la urbanización, lo que a mi juicio es el elemento determinante para definir una u otra actuación.

2. «Hacer ciudad» o «mejorar la ciudad»

La jurisprudencia nos ha aportado una expresiva, pero inconcreta, forma de diferenciar las actuaciones de renovación de la urbanización de las actuaciones de dotación, «hacer ciudad» o «mejorar la ciudad». Cómo se ha llegado a ello, qué supone para los propietarios y para la ciudad, y cómo podría aportarse claridad y seguridad a tan acertadas expresiones, es sobre lo que reflexionare en este, y el siguiente, epígrafe.

Para ello, en primer lugar, acudiré al art. 7.1 a) 2) TRLSRU que nos remite al apartado 1) de ese mismo artículo. Se requiere que para que una

actuación sea de renovación o reforma de la urbanización deben crearse en suelo urbanizado —diferencia con las actuaciones de nueva urbanización que suponen la urbanización del suelo rural— nuevas infraestructuras públicas y una o más parcelas aptas para la edificación o uso independiente mediante operaciones de equidistribución conectadas funcionalmente con la red de los servicios exigidos.

En las intervenciones sobre una única finca y parcela urbanística, provenientes de un desarrollo urbanístico previo o del devenir histórico de la ciudad, no es, generalmente, preciso efectuar ninguna operación de equidistribución al estar ante una única propiedad y parcela urbanística. Sirva como ejemplo un Plan Especial en el Primer Ensanche de Pamplona, por el que se transforma una parcela destinada a colegio en nueve parcelas de uso residencial y una comercial, siendo la clasificación del suelo como urbano consolidado por contar la parcela con la urbanización y servicios correspondientes para ser así clasificada y categorizada; y la actuación que contempla el Plan Especial se define como actuación de dotación. En la misma se posibilita la ubicación en el ámbito de una dotación pública-Centro Cívico de cesión al Ayuntamiento, una vez que se haya procedido a la segregación-parcelación de la finca que configura la unidad. El espacio libre entre las edificaciones será privado de uso público. El Plan Especial establece dos ámbitos de urbanización de las superficies libres de uso público, e incluso prevé un «Proyecto de Obras de Urbanización» que incorpora un «Proyecto de refuerzo de las redes exteriores» necesario para el conjunto del Plan Especial. A las parcelas se les asigna una carga de «urbanización de las superficies de uso público sobre parcela privada» y una carga de las «obras de refuerzo de redes exteriores».

Las legislaciones autonómicas podían diferenciar las situaciones del suelo urbano en función de su grado de consolidación de la urbanización; y, por tanto, también modificar la categorización de un suelo que en ejecución del planeamiento hubiera adquirido la condición de consolidado (11). Se apuntaba al reconocimiento de un estatuto jurídico diferenciado de la propiedad del suelo urbano en atención a la mayor o menor consolidación, real y efectiva. El Tribunal Constitucional, en la sentencia 164/2001, de 11 de junio, que enjuicio la LRSV, y en la sentencia 94/2014, de 12 de junio, que analizó la LSO7, diferencia entre ambas categorías del suelo urbano:

«El suelo urbano consolidado es el transformado o consolidado por la urbanización, es decir, el que cuenta con todos los servicios propios del suelo urbano, ya los haya adquirido en ejecución del planeamiento, o con el devenir del tiempo, como es el caso de la mayoría de los cascos antiguos de las ciudades actuales. El suelo urbano no consolidado es el integrado por los suelos que, aun formando

(11) Véase J. HERVAS MÁS (2017: 497-508).

parte de la ciudad —consolidados por la edificación—, carecen de una urbanización completa, es decir, no cuentan con todos los servicios urbanos. Son los denominados suelos urbanos no consolidados de primera urbanización, bolsas de suelo dentro de la ciudad ya formada, más o menos edificadas, pero apenas urbanizadas o no urbanizadas por completo» [STC 94/2014].

«La distinción entre suelo urbano consolidado y no consolidado los establece —en los límites de la realidad— cada Comunidad Autónoma. En consecuencia, era cada Comunidad Autónoma, al fijar los criterios de consolidación por urbanización, quien determinaba también qué suelo urbano soportaba deberes de cesión y cuál no» [STC 164/2001].

En base a esta definición realizada por el TC y como muy bien expuso el Magistrado C. TOLOSA TRIBIÑO (2019), era posible que suelos urbanizados se afectaran a operaciones de reforma interior, y por tanto podían ser objeto de reurbanización, volviendo a pasar a la categoría de no consolidados, lo que suponía nuevas obligaciones para sus propietarios. La LRSV sin embargo introdujo la idea de que como los propietarios ya habían contribuido a la transformación en urbano de ese suelo, aunque la operación de reforma interior conllevara importantes plusvalías por cambio de ordenación, *«no debían pasar de nuevo por dichos costes, que en todo caso deberían de ser asumidos por la Administración».*

La Jurisprudencia del TS, tras un primer momento en que admitió que el suelo urbano consolidado pudiera perder esa categoría por el planeamiento en supuestos de operaciones sistemáticas de reforma interior, va a resultar finalmente contraria a esa posibilidad (12), consolidando una doctrina en la que la delimitación de una y otra categoría habría de hacerse siempre *«en los límites de la realidad».*

Sera las STS de 23 de septiembre de 2008, recurso de casación nº 4731/2004 —*Asunto «Guanarteme»*— la que se identifica con esta doctrina que mantiene el carácter estático del suelo urbano consolidado, pues, *«si se admitiera esta posibilidad, nunca finalizaría el proceso urbanizador, situándolo en una posición de continua interinidad, derivada de la necesidad de una permanente posibilidad de exigir el cumplimiento de unos deberes urbanísticos con causa en esa modificación del estatus del suelo afectado».* Para el TS no cabe una *«urbanización inacabable»* mediante la imposición de sucesivas reformas y mejoras a costa de los propietarios. No se niega la posibilidad de operaciones de transformación de suelo urbano consolidado, pero ello ha de ser compatible con los derechos y deberes de los propietarios del suelo, toda vez que ya han contribuido, cedido, urbanizado y construido las infraestructuras

(12) Véase A. ESPEJO CAMPOS (2020: 426-434) y J.J. SANTANA RODRÍGUEZ y J.J. SUAY RINCÓN (2021).

exigidas y precisas por el planeamiento. La «descatalogación» supone volver a gravar o a exigir unas obligaciones y cesiones pensadas para el suelo rural que no se ha transformado, así como la entrega de unas plusvalías derivadas del planeamiento que ya fueron aportadas en su momento al urbanizar para el uso inicialmente previsto. La doctrina del TS atiende al principio de equidistribución que *«prohibía imponer nuevas cesiones a los propietarios que ya las hubieran hecho o, incluso, a quien no las hubiera hecho, pero que estuvieran consolidados con carácter inmemorial»*.

Sentada y pacífica esa doctrina la cuestión es conocer si tras la entrada en vigor, y el cambio de paradigma que ello supone, de la LS07 —actual TRLSRU— resulta posible seguir manteniendo esa doctrina. El radical cambio que supone el art. 2.2 de la LS07 y la introducción del principio de desarrollo territorial y urbano sostenible como principio rector del sistema urbanístico español, supone un cambio de paradigma. El urbanismo ya no pretende, o tiene como función principal, transformar el suelo rural para convertirlo en urbanizado en un proceso de extensión y creación de nueva ciudad, entendiendo el suelo como un factor de desarrollo económico mediante la construcción de viviendas. La legislación española hace suyo el derecho débil europeo y los distintos documentos y conferencias que han configurado un modelo urbano común [Estrategia Territorial Europea (1999), Carta de Leipzig (2007) o Declaración de Toledo (2010)] e incorpora el urbanismo al bloque ambiental de la Constitución Española —artt.45,46 y 47— con lo que la visión ya no es desarrollista sino de utilización racional de un recurso valioso y no renovable. La Exposición de Motivos de la LS07 y TRO8 no puede ser más explicativa al respecto.

Será con la STS de 20 de julio de 2017, recurso de casación nº 2168/2016, que confirma la anulación del Plan Parcial de Reforma Interior (PPRI) de la Área de Planeamiento Remitido 02.21 «Mahou-Vicente Calderón», cuando se reabrió el debate y se sentó una nueva doctrina. En esta sentencia el TS entiende, tras reconocer la jurisprudencia precedente, que procede a la estimación el recurso, por no haberse llevado a cabo la reserva de vivienda protegida contemplada en la Ley, toda vez que la clase de actuación de transformación urbanística que se va a desarrollar no es una actuación de dotación por el grado o nivel de transformación que se va a realizar en la parcela del que fuera estadio Vicente Calderón, mucho más intensa que una simple mejora urbana.

El Fundamento Jurídico Decimo Primero concreta este cambio de doctrina al afirmar que los conceptos de suelo urbano consolidado o no consolidado no resultan ya determinantes, lo decisivo serán las exigencias derivadas de una actuación de transformación urbanística, transforma la ciudad con mayor o menor intensidad. El nivel de la actuación vendrá determinado por el grado de transformación que se realice sobre el suelo *«en función de su intensidad,*

podrá consistir en una reforma o renovación de la urbanización, o, simplemente en una mejora de la misma mediante el incremento de las dotaciones». La Sentencia afirma que «la reforma o renovación (Actuación de urbanización) es “hacer ciudad” —cuenta con un plus cualitativo—, y el incremento de dotaciones (actuación de dotación) es “mejorar ciudad”, con un componente más bien cuantitativo. La primera se mueve en un ámbito de creatividad urbanística en el marco de la discrecionalidad pudiendo llegar a una “ciudad diferente”, mientras que la actuación de dotación consigue una “ciudad mejor” que no pierde su idiosincrasia» [FJ Décimo Primero].

Esta idea es asumida por la STS de 30 de octubre de 2018, recurso de casación nº 6090/2017 —sentencia 1563/2018— de la que es ponente el magistrado D. Cesar Tolosa Tribiño, y en base a ello se consolida la revisión de la doctrina anterior.

Por último, citare la reciente STS de 16 de febrero de 2021, recurso de casación 8387/2019, relativa al Plan Parcial de Reforma Interior del Área de Planeamiento Remitido 07.09 «TPA Raimundo Fernández Villaverde», por el que se transforma una sola parcela apta para la edificación por contar con las infraestructuras y dotaciones públicas ocupada por un cuartel en un nuevo escenario urbano con más de 1.000 futuros residentes. La cuestión se centraba en conocer hasta donde alcanzaba la exigencia de la normativa estatal en relación al estándar de reserva de vivienda protegida en una actuación de urbanización por reforma o renovación del suelo ya urbanizado. Asume la expresiva mención a «hacer ciudad» y «mejorar la ciudad», pero reconoce la dificultad de descender a las situaciones reales y particulares en cada caso. La conclusión será que toda actuación de urbanización, cuyo uso determinante sea el residencial, debe estar condicionada a la reserva de suelo para vivienda de promoción pública, con independencia del instrumento de planeamiento que la habilite, pero no en las actuaciones de dotación (13).

Del contenido de las referidas sentencias, la conclusión más importante a los efectos de nuestro análisis es que lo determinante a partir de ahora, a la hora de establecer los derechos y deberes de los propietarios del suelo, no será tanto la categoría en que lo incluya el planeamiento, sino, como ya he adelantado, el tipo de actuación de transformación que se pretende llevar a cabo; y, que de ello dependerán las obligaciones de los propietarios. Así:

a) Al margen de las determinaciones de la legislación urbanística, el tipo básico de actuación (dotación o urbanización) determina los estándares y reservas de la legislación básica del Estado que debe respetar el planeamiento, así como las facultades y deberes de los propietarios previstos en la legislación estatal.

(13) Véase J.M. CABEZAS ESCOBAR (2022: 19-46).

b) Las actuaciones de urbanización, tienen por objetivo «crear ciudad» (14) (nueva sobre una ya existente), en clara similitud con las actuaciones de nueva urbanización y con su mismo régimen de facultades y deberes.

c) Las actuaciones de dotación tienen por objeto «mejorar la ciudad», mediante la obtención y ajuste de las dotaciones, pero sin requerir la renovación de la urbanización de todo el ámbito o alterar todas las parcelas.

Conforme a esta reciente jurisprudencia, en muchas de las intervenciones sobre una única finca o parcela en la ciudad construida o consolidada, que supongan una operación de intensa transformación urbana, habrá de justificarse en primer lugar la necesidad e intensidad de proceder a una nueva urbanización del ámbito objeto de la nueva propuesta urbanística. Y para ello, además de aspectos materiales sobre la intensidad de las obras de urbanización necesarias, será en muchos casos preciso determinar si la actuación «crea ciudad» o «transforma la ciudad». Esta conclusión resulta poco compatible con el automatismo apriorístico por el que han optado una buena parte de las leyes autonómicas, que establecen que el suelo incluido en una actuación de dotación se *categoriza ope legis* como no consolidado.

3. Dotar de criterios para evaluar la necesaria renovación de la ciudad construida

La ciudad, en general, es creada, con la transformación de suelo rural en suelo urbanizado, mediante una actuación de nueva urbanización del suelo no urbanizable o rústico. Estas actuaciones, fácilmente identificables, supusieron la ordenación y urbanización de nuevos suelos extendiendo las ciudades con nuevos ensanches, barrios o polígonos, de forma más o menos compacta o dispersa. La ordenación preveía parcelas para usos terciarios, dotacionales, equipamientos o usos residenciales que con el trascurso de los años han podido devenir obsoletos, o simplemente no se habían construido. A tal fin se urbanizó, completa y totalmente, el ámbito de planeamiento, se cedieron las superficies legalmente exigidas para dotaciones públicas e infraestructuras; se cedió a las Administraciones el aprovechamiento correspondiente; resultando parcelas convertidas en solares edificables. Concluido todo el proceso de ejecución urbanística, transcurren los años y no se edifica el uso comercial, el campo de fútbol o en centro educativo que estaba previsto; o aquellas dotaciones —o el cuartel o una actividad económica—, quedan obsoletos y/o se trasladan a una nueva ubicación.

La necesidad de un modelo urbano sostenible, una ciudad densa y compacta, hace necesario que esa o esas parcelas se edifiquen o se sustituya la

(14) Sobre la doctrina de crear ciudad, así como, en general, sobre el régimen de obtención de suelo para dotaciones públicas, véase F. LÓPEZ PÉREZ (2014: 413-427).

edificación y uso existente por uno más eficiente para la ciudad, como puede ser el residencial. Una actuación que mejora y completa la ciudad ya creada y existente, no la transforma con una renovación de un uso previsto obsoleto (colegio) o inviable económica y jurídicamente (gran establecimiento comercial).

La LS07 diseñó las actuaciones de dotación precisamente para posibilitar justamente estas actuaciones de transformación urbanística en suelo urbanizado, suelo urbano en general. Previamente a la nueva doctrina jurisprudencial que he analizado, ya la STC 164/2001 estableció que, para no dejar en la indefinición, sobre todo a efectos de la posible valoración del suelo en un proceso expropiatorio, era necesario que la legislación autonómica estableciera «*los criterios de distinción entre suelo urbano consolidado y no consolidado*» con la finalidad de diferenciar las obligaciones de unos y otros suelos.

Las legislaciones autonómicas, como repasa J. HERVÁS MÁS (2009), intentan igualmente definir el concepto, siendo en todas ellas un elemento común la idea de «actuación o proceso integral» (15): En estas actuaciones, cuando la legislación autonómica considera esos suelos como urbano no consolidado, el régimen de derechos y deberes se asimila al del suelo urbanizable, no urbanizado, en que el propietario tiene que cumplir nuevamente todas sus obligaciones urbanísticas de cesión y urbanización, por considerar que lo existente no puede considerarse como urbanización consolidada (16). Así, por ejemplo, la legislación urbanística de Navarra opta, por categorizar el suelo urbano haciendo coincidir la situación fáctica del suelo con la dicotomía «contar con urbanización-no contar con urbanización», y considera suelo urbano al que está legalmente integrado en una malla urbana entendida como un tejido urbano formado por una red de dotaciones y servicios propio de los núcleos de población; y que cumpla alguna de estas condiciones: estar urbanizado

(15) El art. 12. 2 de la Ley 10/1998 de Castilla y León, define suelo urbano no consolidado, «...actuaciones de urbanización, reforma interior u obtención de dotaciones urbanísticas, que deban ser objeto de equidistribución entre los afectados,..»; el art. 31.2 del Decreto Legislativo 1/2005 de Cataluña, que establece que el suelo urbano consolidado deviene como no consolidado por su sometimiento por el planeamiento a actuaciones de transformación urbanística; o, el art. 10.3.a) de la Ley 16/2005, de la Comunidad Valenciana que considera suelo urbano sin urbanización consolidada los que aún habiendo estado previamente urbanizados se hallen en un área de reforma interior que precisen complementar sus dotaciones para la implantación de nuevos usos, tipologías o aprovechamientos o por cambiar su función o estructura urbana. J.M. RAMÍREZ SÁNCHEZ (2010: 191).

(16) J.M. RAMÍREZ SÁNCHEZ (2010: 192) «conllevando ello dos cuestiones a mi juicio claves para poder definir un ámbito de reforma urbana como tal, la necesidad de equidistribuir entre los propietarios afectados esas nuevas obras de urbanización, cargas, y los nuevos aprovechamientos, beneficios, y para ello es preciso definir una actuación sistemática, unidad de ejecución para cumplir esa obligación básica y esencial del urbanismo de repartir —equidistribuir— cargas y beneficios entre los propietarios afectados y que la comunidad perciba las plusvalías generadas por esa nueva actuación de urbanización».

legalmente; tener infraestructuras y servicios necesarios; o, estar ocupado por la edificación en las dos terceras partes del espacio apto para ello según la ordenación prevista aunque carezcan de algún servicio (17).

Lo importante para definir la categoría de suelo ya no será la realidad fáctica —que sí lo es para la clase de suelo— sino la actuación que se va a desarrollar en la misma: actuaciones de renovación o reforma de la urbanización (18) = suelo urbano no consolidado/ actuación de dotación o edificación = suelo urbano consolidado.

En mi opinión (19), también en la categoría de suelo urbano no consolidado, los ámbitos de estas actuaciones están integrados en la malla urbano, y, deben contar con urbanización, con infraestructuras y servicios operativos necesarios para su funcionamiento, conexiones a la red para satisfacer la demanda, por lo que una actuación de renovación o reforma sólo cabe en ámbitos consolidados pero necesitados de una importante mejora o transformación de los servicios existentes, una nueva ordenación a fin de lograr nuevos espacios públicos y una nueva configuración parcelaria necesitada de un proceso de equidistribución; es decir, actuaciones que conllevan una intervención importante e innovadora en la urbanización y parcelario existente, pero nunca en «suelos urbanos no urbanizados» que no deben nunca clasificarse como suelo urbano. Frente a actuaciones en las que solo se requiera obras complementarias de urbanización, de refuerzo o de terminación de algunos servicios, sobre las mismas parcelas existentes o sin necesidad de equidistribuir cargas y beneficios, en cuyo caso estaremos ante actuaciones de dotación.

En una parcela que hasta ayer era un solar, puede que no sea preciso un intenso proceso de urbanización para lograr su renovación. Cabrán en su caso, obras ordinarias para realizar las obras aisladas de mejora, así como para la remodelación de las urbanizaciones y espacios públicos y dotaciones existentes, o para su creación asociada a la actividad residencial. Lo mismo se puede decir sobre la necesidad de hacer una serie de operaciones jurídicas en la parcela que no supongan un reparto de cargas y beneficios derivados de un proceso de reparcelación entre distintos propietarios.

La jurisprudencia ya ha tenido ocasión de pronunciarse al respecto, y así la Sentencia del TSJ País Vasco, número 483/2009, de 8 de julio, en su

(17) Para G.R. FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ (2013: 57), al comentar el apartado 12.3 c) TRLS-08, considera que este precepto —así como el apartado 90.2 TRLFOTU— «permite recuperar los viejos y espurios criterios de los “suelos urbanos no consolidados” localizados en los bordes exteriores de las ciudades...».

(18) La legislación foral define las actuaciones de reforma y renovación de la urbanización por prever nuevas infraestructuras públicas y la creación de nuevas parcelas, previa la necesidad de operaciones de equidistribución, conectadas funcionalmente a la red de servicios.

(19) J.M. RAMÍREZ SÁNCHEZ (2017: 55).

FJ Cuarto, ha diferenciado ambas actuaciones por la intensidad de las obras necesarias. «*Las de reforma o renovación requieren una renovación integral de la urbanización existente, en tanto en cuanto que las de dotación son parciales...*» (20).

Como conclusión se puede afirmar que en este tipo de intervenciones en parcelas-manzanas de dimensiones importantes y en las que se produce una transformación indudable y reconocible en la imagen urbana y funcional de la parcela —en las que no tengo duda que se van a seguir produciendo interpretaciones encontradas— las dos cuestiones más relevantes para definir como actuaciones de reforma o renovación o dotación debería ser la intensidad de las obras de urbanización, integral o complementarias; y, si la actuación crea o mejora la ciudad. Como hacer más objetiva esta ponderación es algo que las legislaciones autonómicas deberían abordar, superando la dicotomía consolidado-no consolidado, y aportando al planeamiento criterios de evaluación caso a caso, sin olvidar que el objetivo de las actuaciones debe ser lograr un modelo urbano más sostenible. Pero en todo caso, a mi juicio se debería eliminar la categorización impuesta por ley al suelo urbano, pues en la práctica tiende a unificar los deberes de los propietarios de suelo urbano a los de suelo urbanizable, si *ope legis* se considera que cualquier actuación de transformación supone estar ante un suelo urbano no consolidado.

IV. DETERMINACIONES DE LOS DEBERES VINCULADOS A LAS ACTUACIONES DE DOTACIÓN

Analizados los aspectos más generales sobre la clasificación y categorías del suelo urbano en los apartados anteriores, dedicaré este último a lo que considero la cuestión más recurrente e importante, que ha venido a generar multitud de dudas en relación a las actuaciones de dotación, como es concertar y definir los deberes vinculados a las mismas, cuándo se producen y cómo se calculan.

1. Nacimiento de las obligaciones derivadas de las actuaciones de dotación

Parto de una afirmación que no creo pacífica, y cuya argumentación es el objeto de este epígrafe. No en toda actuación de dotación se produce obligación de cesión por parte de los propietarios de suelo.

Los deberes vinculados que corresponden a los propietarios de inmuebles en los que se prevean actuaciones de dotación se detallan en el artículo 18.2 TRLSRU y son:

(20) Véase A. ESPEJO CAMPOS (2020: 439-440).

- a) El deber de entregar a la Administración competente el suelo libre de cargas de urbanización correspondiente al porcentaje de edificabilidad media ponderada de la actuación o ámbito superior de referencia en que se incluya, que fije la legislación autonómica, del incremento de la edificabilidad media ponderada que, en su caso, resulte de la modificación del instrumento de ordenación. Dicho deber podrá cumplirse mediante la sustitución de la entrega de suelo por su valor en metálico, con la finalidad de costear la parte de financiación pública que pudiera estar prevista en la propia actuación o de integrarse en el patrimonio público de suelo, con destino preferente a actuaciones de rehabilitación o de regeneración y renovación urbanas.
- b) El deber de entregar a la Administración competente el suelo para dotaciones públicas relacionado con el reajuste de su proporción, que podrá sustituirse, en caso de imposibilidad física de materializarlo en el ámbito correspondiente, por la entrega de superficie edificada o edificabilidad no lucrativa, en un complejo inmobiliario, situado dentro del mismo, o por otra forma de cumplimiento del deber en los casos y condiciones que así lo prevea a la legislación autonómica.

El primer deber se deriva de la obligación establecida en el art. 47 CE de la participación pública en las plusvalías generadas por la actuación.

En los casos que mediante un instrumento de modificación o alteración del planeamiento se planifique una actuación en la que se produzca un incremento de la edificabilidad, densidad o modificación del uso urbanístico, si de la misma se produce un incremento de edificabilidad media ponderada (aprovechamiento urbanístico) sobre el preexistente, el porcentaje fijado en la ley autonómica —generalmente el 10 por 100— se debe entregar a la Administración, en concepto de deber —principio de participación pública en las plusvalías generadas por la acción pública del planeamiento urbanístico— bien en suelo o bien por su sustitución por valor en metálico, lo que resulta lo más habitual.

Para que nazca el deber de entrega a mi juicio debe concurrir que se produzca por la actuación un incremento de aprovechamiento urbanístico y que haya una generación de plusvalías, exigencia implícita, pues el fundamento legal del deber de entrega es la participación de la comunidad en las plusvalías urbanísticas, y por tanto, si de la actuación urbanística no se generan plusvalías, sino minusvalías, y así se justifica en la memoria económica —informe o memoria de sostenibilidad económica— del instrumento de planeamiento que la posibilite, entiendo no habría fundamento jurídico habilitante al deber de entrega (21).

(21) Véase A. ESPEJO CAMPOS (2020: 434-436) en que se mantiene la misma tesis. Y por mi parte, J.M. RAMÍREZ SÁNCHEZ (2010: 196).

Como ya indiqué, la terminología empleada por el legislador ha podido confundir en más de una ocasión. En mi opinión, no se puede entender que cualquier aumento de edificabilidad, incremento de aprovechamiento o cambio de uso genera de forma automática un deber económico, pues no olvidemos que se trata de afectar al régimen de propiedad del suelo urbano. No se trata solo, y exclusivamente, de si existe o no desequilibrio dotacional por el incremento de edificabilidad, y/o cambio, de uso adicional, sino de si ese incremento va a producir plusvalías (incremento del valor residual del suelo) que vayan a integrarse en el patrimonio del propietario.

Creo que para que se pueda hablar de actuación de dotación, pero sobre todo para que se deba aplicar el artículo 18.2 TRLSRU, en relación a los dos deberes previstos, deben confluír:

- Un cambio de ordenación en parcela o parcelas de suelo urbano [consolidado por la urbanización], bien en un instrumento de modificación o innovación del planeamiento vigente o en una revisión del planeamiento general, sin necesidad de obras de urbanización (reforma o renovación integral) que vayan mas allá de las necesarias para completar las exigidas para la edificación. Este cambio de la ordenación prevista consistirá en dotar a la parcela o parcelas de mayor edificabilidad; mayor densidad (aumento de número de habitantes por hectárea sin aumento de edificabilidad); o, un cambio de uso. Si el planeamiento ya preveía un incremento de edificabilidad o densidad en su parcela —por ejemplo, por posibilidad de división de viviendas—, o la posibilidad de cambio de uso, pero el propietario no había hecho uso de tal facultad, no existiría este supuesto pues ya estaría previsto en el planeamiento.
- Un reequilibrio entre la nueva edificabilidad, densidad o uso y las dotaciones, conforme, al menos, a los estándares reales del ámbito de actuación, a fin de que la nueva ciudad no tenga déficits dotacionales. Por ello será necesario en cada supuesto conocer si se va a producir desequilibrio dotacional, y para ello será preciso la definición de un ámbito o área homogénea en que poder calcular una ratio entre superficie edificada/densidad-superficie dotacional; y, de una ubicación concreta y real de la nueva superficie dotacional.
- Que la edificabilidad que se incrementa, la nueva densidad y/o el cambio de usos, genere plusvalías urbanísticas para los propietarios, pues sin incremento de plusvalía no procede la cesión de aprovechamiento a la administración. Estas plusvalías para que sean objeto de cesión deben poder ser patrimonializadas, es decir que se integren en el patrimonio del propietario como un beneficio para él. Por ello es esencial conocer en estos supuestos si se modifica o no

el aprovechamiento urbanístico de la parcela, pues sin incremento del aprovechamiento urbanístico patrimonializable no hay plusvalías urbanísticas, pues no se producirá incremento del valor residual del suelo, aunque se haya producido incremento de edificabilidad (de un uso menos lucrativo que el anterior) o mas densidad (en usos menos lucrativos).

Estos tres elementos tienen una doble consecuencia, que se deberá analizar y justificar en cada expediente:

- a) Si se produce desequilibrio dotacional por motivo de la actuación, éste se debe corregir mediante la cesión de suelo, o superficie edificada o edificabilidad no lucrativa en complejo inmobiliario, para cumplir lo previsto en el artículo 18.2.b) TRLSRU.
- b) Si se producen plusvalías urbanísticas se deberá ceder a la administración un porcentaje del incremento, artículo 18.2.a) TRLSRU, en suelo libre edificable sin cargas de urbanización, o su sustitución por su valor en metálico, con un carácter finalista.

La legislación de suelo para definir la actuación de dotación no habla de incremento de aprovechamiento urbanístico (sino de edificabilidad, densidad o nuevos usos) pero sí que utiliza el aprovechamiento (edificabilidad media ponderada) para concretar el deber de entrega relacionándolo directamente con el artículo 18.2 TRLSRU.

El instrumento de planeamiento que posibilite la actuación —bien en un instrumento de modificación o innovación del planeamiento vigente o en una revisión del planeamiento general pues en uno u otro supuesto resulta aplicable los fundamentos jurídicos de la figura, no siendo defendible la idea de que en la revisión de planeamiento no se producen actuaciones de dotación pues ello supondría volver al planteamiento previo a la LS07— deberá calcular si de sus determinaciones existe incremento de aprovechamiento urbanístico. Por tanto, el instrumento de planeamiento que, establezca la ordenación pormenorizada o más detallada, deberá expresar, en primer lugar, si existe incremento de edificabilidad derivados de la actuación, y de la ficha urbanística se derivará, igualmente, si existe incremento de aprovechamiento, lo que supondrá conocer si procede, así como la cuantificación, de la cesión.

2. Incremento de densidad, reequilibrio dotacional y modelo urbano

No va a resultar tan sencillo, sin embargo, el caso de la densidad y del cambio de uso, pues se pueden producir sin incremento de edificabilidad y aprovechamiento, resultando mucho más complejo determinar si se produce incremento de plusvalías urbanísticas. Sobre esta cuestión, nada pacífica, inten-

taré aportar una visión alejada de algunos lugares comunes, no economicista ni reduccionista.

El concepto de densidad se asocia con las personas/viviendas que habitan una superficie. La densidad, habitualmente referida en los planeamientos a un máximo de viviendas/ha, se ha asociado erróneamente a la calidad de vida. Una alta densidad se asociaba a mala calidad de vida, una baja densidad, a una mejor calidad de vida. Hoy el principio de desarrollo urbano sostenible que rige nuestro urbanismo ha superado ese pensamiento.

Subyacía en ello la idea que a mayor densidad menor calidad de vida, mayor beneficio empresarial y de los propietarios, en un falso entendimiento de que así se combatía la especulación del suelo. Nada más alejado de la realidad, como quedó demostrado en los últimos años del siglo XX. La menor densidad no hace que se evite la especulación, ni que se limite el precio de la vivienda, ni mucho menos se logra una ciudad mejor y más habitable. La preocupación por la sostenibilidad del modelo urbano llevó al *soft law* europeo, a cuestionar el modelo de bajas densidades, ciudades dispersas, insostenibles y segmentadas que consumen recursos de forma desproporcionada y se convierten en agentes activos del cambio climático.

Así, la Comisión Europea, ya en 2004 (22), propugnaba para conseguir un urbanismo sostenible un: *«modelo de los asentamientos con usos múltiples y de alta densidad en los que se aprovechan los terrenos abandonados y los solares vacíos y la expansión urbana tiene lugar de manera planificada en vez de improvisada. La expansión incontrolada es una cuestión prioritaria para las ciudades europea, por ello es claramente beneficioso aprovechar instalaciones industriales y terrenos abandonados en los centros urbanos»*.

En nuestro derecho urbanístico, será en 2007 cuando la Ley de Suelo, asuma la crítica al modelo y establezca un nuevo paradigma de urbanismo sostenible, del que la densidad y la compacidad son elementos esenciales e irrenunciables.

La crisis sanitaria producida en 2020 por la pandemia de enfermedad por coronavirus (COVID-19), ocasionada por el virus SARS-CoV-2, ha reabierto cierto debate sobre la densidad urbana, pues determinados barrios con mayor densidad son lugares en los que la enfermedad se ha propagado de forma más rápida y virulenta, pero no parece en modo alguno razonable cuestionar la densidad como factor de sostenibilidad urbana, pues la densidad debe ir acompañada de otras medidas —movilidad sostenible, mejora del espacio urbano, mejora de la edificación y condiciones de habitabilidad, etcétera— que hagan compatible salud y sostenibilidad.

(22) (COM, 2004, 60, apdo.2.4.3, pp.31-32).

En décadas pasadas la opción preferente por la ciudad difusa conllevaba que la densidad —medida en viviendas por hectárea o habitantes por hectárea— fuese baja, y que una densidad alta se asimilase miméticamente a especulación del suelo o corrupción urbanística. Las leyes fijaban densidades máximas —en torno a 75-100 viv/ha— y nunca densidades mínimas para garantizar a la sostenibilidad. Una ciudad sostenible —la ciudad desde el prisma ecológico de menor consumo de recursos y por ser la más eficiente en la gestión de los mismos— es una ciudad compacta con densidades que permitan la diversidad, la acumulación de talento, servicios y actividades, la riqueza cultural, económica y social, el intercambio de ideas y la innovación. Y como defiende S. RUEDA PALENZUELA (2019: 723-752) (23) una densidad razonable para poder desarrollar una vida plena en «la ciudad de 15 minutos» (crono-urbanismo) debe situarse entre 100-160 viv/ha que permite reunir en el mismo espacio la suficiente masa crítica de personas (250 hab/ha) y de actividades (más de 25 act/ha). La compacidad que garantiza esa masa crítica será el equivalente a una edificabilidad bruta de 1,25 m²/m²s. La complejidad es la integración de usos y funciones situando el porcentaje mínimo de usos no residenciales entre el 20 % y el 35 % de la superficie total construida. Todo ello debe acompañarse de un incremento de la superficie verde y una reducción de la impermeabilización —matriz verde o biofísica— conectando el verde periurbano con las masas vegetales internas y aumentando la complejidad biológica. (Índice Biológico del Suelo [IBS] entre el 15% y el 30%.

Por ello parece más que necesario que en las actuaciones sobre el medio urbano, y en las actuaciones en suelo urbanizado, bien de dotación o de renovación o reforma de la urbanización, se aspire a un aumento de la densidad, compacidad y complejidad urbana, que permita reducir el consumo de suelo incrementando la proximidad y la masa crítica de personas y personas jurídicas densas en conocimiento por hectárea. Pero ello debe ir acompañado, para no empeorar el índice de calidad de vida urbana, del reajuste de la proporción existente, o deseable, de servicios y dotaciones.

El concepto clave, por tanto, es conocer si por ese incremento de densidad se produce un «desajuste» de las dotaciones públicas.

Esto nos lleva a otra interesante reflexión. Las actuaciones de dotación son actuaciones de transformación urbanística en un ámbito de suelo urbanizado que no requieren de reforma o renovación de la urbanización. Es decir, actúan sobre la ciudad transformada, urbanizada y construida conforme a algún

(23) Será S. RUEDA PALENZUELA quien con mayor rigor y amplitud ha teorizado sobre el Urbanismo Ecosistémico entendido como un «instrumento para la regeneración de las ciudades existentes y para los nuevos desarrollos urbanos. Es, seguramente, la herramienta operativa adecuada para la implantación de las agendas urbanas en cualquier parte del mundo».

tipo de planeamiento urbanístico anterior (desde finales del siglo XIX) o sobre cascos antiguos o ensanches en los que en algún momento se ha elaborado un planeamiento especial. Ello supone que se ha tenido una previsión y un modelo de ciudad, en la que se ha dibujado o calculado un teórico número de viviendas que se podrían construir, y en muchos casos se han aprobado unas ordenanzas o normativas que regulaban las tipologías de viviendas y sus características. Estas normativas pueden establecer además de las alturas, fondos edificables, forma de computar los metros cuadrados construidos etc., medidas de flexibilización de la edificación futura o su rehabilitación o sustitución, tales como las piezas habitables, la división de viviendas, etcétera.

El planificador cuando estableció esas determinaciones en el planeamiento general, estaba permitiendo que las tipologías de vivienda, de las ya existentes, pudieran evolucionar conforme a las necesidades y demandas sociales sin por ello alterar significativamente la estructura misma del plan, la calidad de vida urbana lograda por los estándares dotacionales, y el *statu quo* respecto de los servicios existentes, pues la posibilidad de hacer viviendas más pequeñas por división de otras de mayor tamaño, o la utilización de la piezas habitables y no del concepto estático de «numero de viviendas», se debió haber tenido en cuenta que esas posibilidades podían dar una realidad distinta a la de inicio, y se debió prever que de producirse la misma, no se alteraría la proporción de habitantes y dotaciones públicas.

Es un error, a mi juicio, considerar el número de viviendas para calcular las dotaciones, sino que se debe utilizar para el uso residencial el parámetro «metro cuadrado de suelo dotacional por cada X metros cuadrados construidos de usos residencial»; y para el suelo industrial el de superficie del sector. Así las actuaciones de densificación sin incremento de edificabilidad, si el planeamiento previo estuvo bien elaborado, no deberían ceder suelo para nuevas dotaciones, pues no se debería producir desequilibrio entre la edificabilidad y la dotación, calculada conforme al parámetro mayor de los previstos anteriormente. Cuestión distinta será si el planeamiento anterior no tuvo en cuenta esta reflexión.

La lógica de esta opción parece ser que donde antes se hacían viviendas de mayor superficie, ahora se pueden hacer, con los mismos metros construidos, más número de viviendas, pero más pequeñas, pero sin que ello altere esencialmente en número de personas que habitaran ese sector, unidad o edificio, pues la realidad social y la composición de las familias evoluciona de tal forma que si antes se calculo el número de habitantes por vivienda en 3,5, ahora las viviendas, más pequeñas, responden también a un nuevo modelo familiar, en muchos casos monoparental. Por tanto, en una actuación de dotación en que únicamente se produce un incremento del número de viviendas sin incremento de edificabilidad, pudiera no ser exigible la cesión de suelo dotacional, en

caso de no producirse «desajuste», ya que la posibilidad de intervenir mediante esas técnicas se pudo prever por el planeamiento y, por tanto, ya se tuvo en consideración el equilibrio dotacional.

No podemos ignorar otra cuestión también muy importante, y a veces de fácil olvido. Cuando se habla de reequilibrar debemos tener en cuenta si existía o no equilibrio previo y, en caso de no ser así, quién sería el responsable de superar esa anomalía. Y, que las leyes están pensando en dotar real y efectivamente al barrio, ámbito o área de una dotación pública que logre ese reequilibrio, es decir, el planeamiento debe establecer sin lugar a duda dónde, en qué lugar, y cómo se va a producir el reequilibrio. Por ello la ley estatal no prevé la posibilidad directa de sustituir esa cesión para un uso dotacional por un valor económico, pues no se trata de monetizar la obligación y no adquirir/ejecutar la dotación necesaria para lograr el reequilibrio. No cabe dejar la materialización del reequilibrio dotacional en una indefinición o inconcreción, pues de ser así se está incumpliendo la finalidad y el objeto de la cesión, que es total y absolutamente finalista. Solo cabe la sustitución, en caso de imposibilidad física de materializarla en el ámbito correspondiente, por la entrega de superficie edificada o edificabilidad no lucrativa en un complejo inmobiliario. El último inciso abre la posibilidad al legislador autonómico a «otras formas de cumplimiento del deber», entendiéndose sustitución por un valor en metálico, pero no es esta la opción principal, ni mucho menos el legislador quería que se convirtiese en la única opción.

3. Cálculo del desequilibrio dotacional por el planeamiento

La existencia, por tanto, de un desequilibrio dotacional es una premisa obligada para que exista reequilibrio, y por tanto para que se deba producir un deber de cesión por este concepto. Por tanto, el planeamiento debe dotarse de un método para conocer efectivamente la existencia de desequilibrio, y posteriormente una forma de proceder al reequilibrio. En los siguientes epígrafes ofreceré un acercamiento metodológico a ambas cuestiones, y una concreta metodología para calcular la «carga de la reserva de suelo para dotaciones (CRsD).

Habrán actuaciones de dotación en las que no se pueda cumplir esta obligación. Cuando la actuación de dotación afecta a una parcela muy concreta, o a una edificación ya existente de reducidas dimensiones, difícilmente se va a poder materializar la cesión, por lo que solo mediante la referencia o inclusión, al menos a efectos de cálculo del desequilibrio dotacional, en áreas urbanas homogéneas o de determinada dimensión, se podrá cumplir efectiva y realmente lo previsto en las leyes citadas.

La principal conclusión de todo lo expuesto en el epígrafe anterior me acerca a poder afirmar que sería en un instrumento de planeamiento de desa-

rrollo, y no en expedientes aislados e inconexos que afectan a una única parcela, en el que se pueda concretar con total certeza las cuestiones relativas a las actuaciones de dotación, pues estamos ante un ámbito o área compleja y homogénea en al que poder determinar real y efectivamente si las propuestas de ordenación que innovan el planeamiento preexistente van a suponer la necesidad de reequilibrio de las dotaciones publicas del barrio; y si de las mismas se va a derivar incrementos de aprovechamientos urbanísticos y por tanto plusvalía urbanística para sus propietarios. Por ello, una parte muy importante de las legislaciones autonómicas incluye en unidades de ejecución o ámbitos sistemáticos las actuaciones de dotación, pero a mi juicio, a los solos efectos por asimilarlas a un sistema de gestión.

En el ámbito de un planeamiento de un barrio o ámbito homogéneo es el que se puede definir una estrategia de renovación urbana compleja y realista, adecuada a la realidad social y urbana, ambiciosa en sus objetivos, pero prudente y moderada en su desarrollo temporal y en la aportación de recursos públicos para su logro. El plan deberá aportar todos los datos de partida y parámetros necesarios para cumplir lo previsto en la legislación en relación con las actuaciones de dotación (24).

Pero para el caso de las actuaciones aisladas, sobre una parcela muy concreta en aquellas legislaciones que lo permiten y que considero es lo correcto, el instrumento de planeamiento que las posibilita —modificación pomenorizada del planeamiento general o de desarrollo— debe definir un ámbito o área homogénea para calcular si existe o no desequilibrio dotacional, y para definir su emplazamiento.

Con todos estos datos de partida, cabe que cada una de las fichas normativas de una actuación de dotación, propuesta en un instrumento de planeamiento general o de desarrollo, pueden definir y concretar todos los aspectos que vengo citando, y se puede conocer con exactitud si las actuaciones propuestas suponen (i) desequilibrio dotacional y cómo se debe materializar físicamente la cesión prevista para lograr el reequilibrio; y, (ii) si las actuaciones propuestas suponen incremento de aprovechamiento y por tanto, generación de plusvalía urbanística.

En todo caso, parece necesario hacer una doble reflexión.

(24) Por ejemplo, en un Plan Especial o en un Plan Especial de Actuación Urbana en Navarra, que contenga los siguientes datos: Ámbito homogéneo; planeamiento vigente; número de habitantes; número de viviendas ámbito; superficie total/parciales dotaciones públicas ámbito; densidad (habitantes/ha) ámbito; ratio dotacional (m²/habitante) ámbito; incremento propuesto de edificabilidad; incremento de aprovechamiento previsto o posible en aplicación Plan; incremento de densidad previsto o posible en aplicación Plan; y, propuesta de dotaciones públicas.

En primer lugar, las actuaciones de dotación tienen como finalidad reajustar —«Volver a ajustar o ajustar de nuevo»— la proporción existente de suelo para dotaciones públicas a costa de los propietarios de suelo urbano, como un deber establecido legalmente en la legislación básica estatal. Ello supone que los propietarios de suelo urbano en las que se desarrollan actuaciones de dotación no tienen que corregir los déficits dotacionales históricos, tienen que ceder suelo para que se mantenga en los mismos términos la proporción existente entre habitantes de barrio, residentes, y suelo para dotaciones públicas. Lo que no puede suceder es que, debido a las actuaciones de dotación, se empeore la calidad de vida urbana entendida como la proporción entre suelo para dotaciones públicas y habitantes.

En un barrio ya existente puede ocurrir que consideremos que históricamente existe un déficit dotacional que se debe reparar por el nuevo planeamiento. Este objetivo, o aspiración, será una parte importante del plan, pero ese logro no deberá hacerse solo a costa de los propietarios del suelo urbano [consolidado] que tiene sus deberes totalmente tasados por la legislación básica estatal. El plan no puede imponer más deberes de cesión a los propietarios del suelo urbano que los que les impone la ley. Y en ello radica la diferencia entre suelo urbano consolidado y el no consolidado. La pérdida de la categoría de suelo urbano consolidado o «degradación» legal —si no hay necesidad de una actuación integral de reurbanización— por el hecho de someter una parcela a actuación de dotación, a mi juicio, no es lo que establece la Ley de Suelo, pues supone una ficción que contradice la situación fáctica del suelo.

Una segunda cuestión es que la ley estatal no dice cual debe ser esa proporción adecuada para el suelo urbano. La concreción de esta obligación se hará en la legislación autonómica al fijar los estándares dotacionales y de servicios del planeamiento. Y deberán jugar un papel importante el informe o memoria de sostenibilidad económica y la viabilidad la actuación, y de ello deducir una aplicación inteligente para la ciudad y su patrimonio; una aplicación flexible y posibilista, como se apunta con la opción del complejo inmobiliario y la entrega de edificabilidad no lucrativa (usos dotacionales construidos).

Esta cuestión se debe relacionar con el principio de desarrollo urbano sostenible, art. 3.3 TRLSRU; y al derecho a acceder a la utilización de las dotaciones públicas y equipamientos colectivos, art. 5 b) TRLSRU. El citado artículo tiene un mayor contenido que un recordatorio o una manifestación genérica, pues lo que se está configurando es el reconocimiento de un «medio ambiente urbano» con rasgos y características propias; un medio ambiente integrado, en primer lugar, por el principio de desarrollo urbano sostenible, también por los estándares urbanísticos de las legislaciones autonómicas, las determinaciones sobre movilidad, y el juego de derechos a los que he hecho

referencia. El sujeto destinatario de un «medio ambiente urbano» sostenible y saludable es el ciudadano, y los obligados a propiciar ese modelo no son únicamente las administraciones públicas titulares de dotaciones públicas, sino que éste deber alcanzar también a los particulares propietarios o titulares de equipamientos de uso público y de suelo, en cuanto que promueven su transformación. El artículo 5 b) TRLSRU diferencia entre «dotaciones públicas» y «equipamientos colectivos abiertos al uso público».

Por «dotación pública» se entienden aquellos espacios y edificios que se muestran como elementos fundamentales de la ordenación urbanística y pertenecen al dominio público (estatal, autonómico o local) por estar, bien destinados al uso público, bien afectos a un servicio público. Aquí se incluyen las comunicaciones urbanas e interurbanas, los espacios libres (parques urbanos, jardines, zonas deportivas y de recreo y otras instalaciones), los equipamientos comunitarios al servicio de toda la población destinados a usos administrativos, culturales, docentes, sanitarios, asistenciales, cementerios y otros, las redes de abastecimiento de agua, alcantarillado y cualesquiera otros servicios públicos que sean necesarios para la vida de la ciudad (siguiendo la dicción de los arts. 25 y 45 del Reglamento de Planeamiento Urbanístico, en adelante RPU).

Por su parte, el «equipamiento colectivo» es una expresión más concreta. Se refiere a los edificios destinados a ciertos usos administrativos, culturales, docentes, sanitarios, asistenciales, deportivos, comerciales, de aparcamiento y de cualquier otro tipo de interés social, por considerarse «necesarios para el mejor desarrollo de los intereses comunitarios» (art. 25 del RPU).

Lo que este artículo no ampara es que la ciudad disponga de esas dotaciones y equipamientos real y efectivamente. Cuando se trata de dotaciones y equipamientos requeridos como estándar obligatorio para el suelo objeto de actuaciones de urbanización (urbanizable o urbano no consolidado), la administración obtendrá el suelo para su implantación, pues así lo establecen, sin duda alguna el art. 18.1 TRLSRU. Pero para el suelo urbanizado solo se refiere al «reajuste de su proporción», y por tanto la cuestión no resultará tan sencilla salvo que lo haya concretado la legislación autonómica, o que se haya «degradado» todo el suelo sometido a estas actuaciones.

Los instrumentos de planeamiento del suelo urbano pueden hacer un ejercicio de simplificación y aplicar como objetivo deseable de calidad de vida urbana los estándares que se fijan para las actuaciones de urbanización; o, pueden conocer la realidad del ámbito en el que actúa, y proponer unos estándares menores, y distintos, de forma razonada y justificada en atención a las necesidades colectivas que se detecten (25). Pero en todo caso el instrumento

(25) Véase el artículo 55.7 TRLFOTU.

de planeamiento que posibilita la actuación deberá conocer la superficie real de suelo para usos dotacionales. Con esos datos podrá obtener la proporción de suelo dotacional/ habitantes óptima o deseable para el planeamiento, y la real al momento de redactar el planeamiento.

El plan deberá prever suelos dotacionales, en parcelas o complejo inmobiliarios concretas para lograr la proporción deseable. Pero la obtención de esos suelos, si es superior a la proporción existente, no puede hacerse solo como una cesión u obligación de las actuaciones de dotación. Los propietarios tendrán como deber la cesión del suelo, o edificabilidad en complejo inmobiliario, que haga posible el reajuste creado por las actuaciones de dotación, pero no el que reste hasta lograr la proporción óptima o deseable por el plan, que deberá ser cedida por los propietarios de suelo urbano no consolidado o que deberá correr a cargo del municipio por exceder los deberes de los propietarios de suelo urbano.

Los instrumentos de planeamiento detallado en suelo urbano deben, por tanto, calcular si es necesario reajustar la proporción de dotaciones públicas a las nuevas determinaciones que proponen mediante actuaciones de dotación, pues si no hay desajuste no hay cesión, y para ello entendemos que se debe establecer un criterio o metodología de cálculo objetiva, y que puede facilitar una «horquilla de referencia» en la que cifrar, en caso de existir desequilibrio, cuál va a ser el reajuste derivado de la actuación.

El objeto de este reajuste no es otro que mantener la proporción que existe en un ámbito de suelo urbano de suelo para dotaciones y suelo edificado, pues en modo alguno se puede «empeorar» la situación existente con el incremento de edificabilidad, densidad o cambio de uso.

Un instrumento urbanístico de un ámbito homogéneo posibilita ya no solo conocer todos los parámetros necesarios para el correcto cálculo de las obligaciones de los propietarios en una actuación dotación, algo mucho más difícil en expedientes individuales que afectan a una única parcela mediante una actuación muy singular. En estos supuestos, y toda vez que se debe elaborar y tramitar un instrumento de planeamiento para los mismos, los que a mi juicio no cabe es acudir a automatismos que acaban convirtiendo la cesión prevista en las actuaciones de dotación en una suerte de «tasa o impuesto» producida por la monetización de una superficie de suelo en referencia a los estándares de la legislación autonómica para las actuaciones de urbanización. Esta práctica, que parece comenzar a hacerse habitual en algunos municipios, de establecer un criterio general de aplicación, y también de valoración del suelo objeto de monetización mediante una ordenanza reguladora del procedimiento y cálculo de la monetización de los deberes urbanísticos, facilita la gestión de las actuaciones de dotación, pero sin un trabajo, e instrumento previo de planeamiento detallado, en el que se analiza un ámbito urbanístico

de referencia y se calcula, y conoce, para el mismo la proporción de suelo dotacional por habitante, no entiendo se corresponda con la previsión legal que se viene estudiando y con el criterio que vengo manteniendo.

Y resulta esencial que el planeamiento que habilita la actuación defina un ámbito de referencia en el que calcular la ratio preexistente de dotaciones públicas, ámbito que evidentemente no podrá ser una parcela, sino que se debe establecer un ámbito funcional para las dotaciones. A mi juicio, si lo que se quiere es simplificar y hacer más objetivo el cumplimiento de las obligaciones, sería más recomendable que ese ámbito se fijese por el planeamiento general, para entonces sí, poder redactar y aprobar una normativa del propio plan, o una ordenanza que regule el procedimiento de cálculo y monetización de los deberes urbanísticos asociados a las actuaciones de dotación.

4. Propuesta de metodología para calcular la «carga de la reserva de suelo para dotaciones (CRsD) y forma de cumplimiento»

Para concluir este trabajo ofreceré una propuesta metodológica para calcular, en un ámbito homogéneo en el que se desarrollaría una actuación, si la misma conllevará un desequilibrio dotacional, y por tanto una obligación de ceder suelo para su reequilibrio, y en qué proporción, que denominaré «carga de la reserva de suelo para dotaciones» (CRsD) (26).

Para lograr tal objetivo, la primera cuestión a delimitar y concretar es cuál debe ser el ámbito al que nos vamos a referir, cual es el área urbana homogénea (AUH) en la que vamos a ver si se produce o no desajuste del suelo dotacional. Esa área urbana homogénea no puede ser la misma para una actuación de dotación de una parcela individual, que para una actuación de reforma o renovación de la urbanización de una manzana o barrio completo.

Si la actuación afecta a una manzana, parte de ella y a una única parcela, definir el AUH puede resultar complejo, pues a buen seguro la actividad funcional de esos vecinos no se desarrolla solo en la manzana en cuestión, sino que se traslada a otras manzanas y ámbitos similares. Y aquí el planificador debe hacer un ejercicio de conocimiento del ámbito en que actúa y proponer un AUH, que puede coincidir con alguna de las previstas en el planeamiento existente o debe justificarse en el instrumento de planeamiento, con criterios de racionalidad, y para ello propongo delimitar una «cuadrícula tipo» de aproximadamente 200 m de largo y 200 m de ancho —ciudad de 15 minutos— en la que entendemos se desarrolla la actividad funcional habitual de una persona a pie, es decir, donde puede llevar a los niños al parque, comprar productos básicos, pasear el perro, tomar un aperitivo o realizar actividades de proxi-

(26) Véase G.R. FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ (2014: 49-76 y 2020: 27-29).

idad. Esa cuadrícula tipo se definirá en el instrumento de planeamiento en torno a la manzana/ parcelas ámbito de actuación.

Esa «cuadrícula tipo» (200x200x200x200) la deberemos poner en referencia y enmarcar con su Zona o Barrio Funcional (ZF), entendido como una parte de la ciudad a la que se reconoce identidad o funcionalidad propia, y que suele disponer de un complejo número de dotaciones públicas de carácter local —espacios verdes-parques, zonas de juegos, equipamiento comunitario, deportivo, etc.— pudiendo ser algunas generales a la ciudad. Este concepto de ZF puede obtenerse del propio planeamiento general del municipio, distritos censales o electorales, zonificación local, histórica o geográfica —ensanches, barrios de los años 50, cascos antiguos, PAUs, etc.—. Esta ZF nos va a servir para dar sentido y ponderar la «horquilla de referencia», pues puede haber un AUH (cuadrícula) que tenga una ratio muy bajo de dotaciones, pero que en su ZF exista una proporción muy alta, lo que justificaría —para una actuación de poco incremento de densidad— de la innecesaridad de reajustar las dotaciones por estar ya suficientemente cubiertas en la ZF y no apreciarse desequilibrio, ni poderse incluso encontrar la posibilidad de ubicar la nueva dotación.

El instrumento de planeamiento debería incorporar en su justificación la ZF en que se ubica la actuación y el análisis de dotaciones existentes para la misma, así como calcular la ratio por habitante.

Definido el ámbito, y propuesto en el instrumento de planeamiento —salvo que los ayuntamientos hayan fijado en su PGM, o en un PE en que se establezcan solo ámbitos y criterios de actuación para las futuras actuaciones de dotación, algo posible y como ya indique, creo que más que necesario en muchos casos, pues así todo el mundo sabría a qué atenerse desde el principio, tanto en posibles incremento de edificabilidad «general» y en ámbitos de dotaciones—, se propone un método de cálculo del valor mínimo de la «horquilla de referencia», es decir la ratio dotacional preexistente (RDP).

La ratio dotacional (RDP) del AUH se podría calcular conforme a la siguiente fórmula:

$$RDP (m^2s/m^2t) = SD m^2s/ET m^2t.$$

SD: Superficie total (m²s) de dotaciones de uso y dominio público sin considerar al viario que se encuentran en el AUH, tanto las existentes ya obtenidas como las previstas por el Planeamiento y aun no obtenidas.

ET: superficie total edificable de cualquier uso sobre parcelas (edificabilidad bruta) prevista para el AUH por el planeamiento vigente, esté o no materializada.

Con este cálculo, que, en algunos casos, según planeamientos y municipios puede resultar mucho más problemático que en otros, vamos a obtener qué ratio de suelo dotacional por m² construido existe en un ámbito, y por tanto

vamos a poder conocer el umbral mínimo que debemos mantener, la proporción entre suelo dotacional y m^2 de techo que se debe mantener por el incremento.

Así, por ejemplo, vamos a considerar un AUH de un ensanche de vivienda residencial colectiva ($B + 4/B + 5$) en la que se ha calculado una edificabilidad total de 43.000 m^2 construidos (320 viviendas de 115 m^2 construidos y 6.200 m^2 de locales y otros usos) y una superficie dotacional pública —plazas— de 4.500 m^2 (plazas y pequeñas zonas verdes y de juegos):

$$RDP: 4.500 / 43.000 = 0,10465 \text{ m}^2\text{s}/\text{m}^2\text{t}.$$

Si ahora incrementamos por una actuación de dotación en una parcela edificada en planta baja uso almacén (90 m^2 de suelo) la ET de AUH en 330 $m^2\text{t}$ ($B+3+A$) la proporción sería:

ISDp ($m^2\text{s}$) (Incremento superficie dotacional parcela) = RDP x I EEp (incremento edificabilidad parcela).

$$ISDp = 0,10465 \times 330 = 34,53 \text{ m}^2 \text{ de suelo.}$$

Es decir, para mantener la proporción necesitaríamos 34,53 m^2 de suelo dotacional (4.534,53/43.330 = 0,10465), pues de otra forma la ratio dotacional de la AUH se reduce un 0,00079: 4.500/43.330 = 0,1038 $m^2\text{s}/\text{m}^2\text{t}$.

El valor máximo de la horquilla será el resultante de aplicar los estándares urbanísticos previstos para el suelo urbanizable o urbano no consolidado en la legislación autonómica. Por ejemplo, en Navarra, se aplicaría:

— Dotaciones públicas: la ratio de 50 metros cuadrados por cada 115 metros construidos de uso residencial.

En el ejemplo anterior 174 m^2 de zonas verdes (330/115 = 2,8695 x 50 = 143,478 m^2).

Ya conocemos los valores de la «horquilla de referencia» para una actuación que tiene un IAU de 330 $m^2/\text{m}^2\text{t}$ (330 UA's): (34,53-143,78), y el planeamiento debería ponderar, y valorar, el suelo necesario para cumplir la CRsD. Y para ello se deberá atender a las necesidades de la AUH dentro de la ZF en que se encuentre y a la viabilidad de la actuación. Es decir, se analizará, en este caso:

— El impacto que incorporar tres nuevas viviendas y un ático suponen a la AUH (un 0,89% de incremento de edificabilidad residencial en el ámbito) y la carga que ello va a suponer sobre los espacios dotacionales del ámbito.

— El grado de consolidación del ámbito (GCA). No es lo mismo que la manzana o manzanas del AUH sean de reciente construcción, haya muy pocos o ningún solar vacante o edificación en la que quepan incrementos o cambios de uso a residencial, o que sean un ámbito en el que vaya a ver mucha renovación y en el que se puede obtener suelo vacante para nuevas dotaciones. En función de ese grado de consolidación del ámbito sería bueno que el planificador justificara si es posible nuevas actuaciones que incrementen

el desequilibrio dotacional o, por contra, no es muy factible lo que conlleva a que el desequilibrio producido, como en el ejemplo, sea casi inapreciable y se puede acudir al valor mínimo.

— El nivel de dotaciones locales del ZF en la que se incluye el AUH. Si éstas son suficientes y acogen con generosidad el incremento; o, por el contrario, se pueden considerar deficitarias y necesitadas de ampliación.

A la vista de estos tres factores se deberá ponderar su peso e impacto en la calidad urbana del AUH y proponer un valor para la CRsD de la actuación, que proponemos siempre se sitúe en tres valores: Valor mínimo; valor medio; valor máximo de la horquilla calculada. En nuestro caso: 34,53 – 89,15-143,78 m² suelo libre.

Así, en nuestro ejemplo, a la vista del elevado grado de consolidación del AUH (colmatada en su práctica totalidad por nuevas edificaciones), el impacto residual de la nueva edificabilidad (0,89%), y el elevado grado de dotaciones de la ZF, optaríamos por el valor mínimo de la horquilla (34,53 m² suelo).

Actuar en un ámbito amplio, ensanche, barrio o polígono urbanístico, permite la otra parte esencial del deber de entrega del suelo para dotaciones públicas, como es la forma de cumplimiento.

Quizás la practica habitual ha llevado a una confusión importante, como ha sido la habitual monetización del deber de cesión de suelo para el reajuste de las dotaciones. El artículo 18.2 b) TRLSRU no prevén expresamente esta posibilidad. La Ley estatal y las autonómicas coinciden en que la cesión debe hacerse en suelo, y podrá sustituirse, *«en caso de imposibilidad física de materializarlo en el ámbito correspondiente, por la entrega de superficie edificada o edificabilidad no lucrativa, en un complejo inmobiliario, situado dentro del mismo [ámbito]...»*.

Para la cesión de suelo dotacional que permita el reajuste del existente, no se cita expresamente la posibilidad de *«sustitución de la entrega de suelo por su valor en metálico»* como sí se cita para la cesión del incremento de aprovechamiento. Y ello es por una razón muy sencilla. Si la cesión de suelo dotacional no se hace efectiva en el ámbito en que se encuentra la actuación de dotación, la misma no cumpliría su finalidad de reajuste, y por tanto no sería legal la exigencia de cesión. No se cede como participación en las plusvalías, sino que se cede suelo para uso dotacional, y por tanto el planeamiento debe decir dónde, cuánto y para qué finalidad se cede, pues sin esta determinación la cesión no tiene sustento legal. Por ello, las actuaciones de dotación «individuales o de parcela», si se produce desajuste dotacional, deberán asociar su cesión a un ámbito y a un objetivo concreto a lograr, y para ello resulta necesario referirse a una, o varias, área urbana homogénea (AUH) en la que poder ubicar la dotación derivada, no solo de una sino de varias, actuaciones de dotación.

Y es por ello, que la ley estatal conscientes de esta dificultad, abren la posibilidad de «*u otras formas de cumplimiento del deber en los casos y condiciones en que así lo prevea la legislación de ordenación territorial o urbanística*». Así que sí existe la posibilidad de monetizar, en Navarra, por ejemplo, a través del planeamiento, pues la legislación foral, sin establecer casos y condiciones sino con carácter general para los casos de imposibilidad física o de no poderse materializar en complejo inmobiliario, remite al planeamiento que será quien deberá establecer los casos, condiciones y el modo en que no se efectuó una cesión en suelo o superficie edificada o edificabilidad no lucrativa.

Sera el planeamiento general quien debiera fijar esos criterios, o el planeamiento especial. Pero en todo caso deberá tenerse en cuenta, primero que la monetización no debe ser la opción preferente o habitual en todos los casos; segundo que siempre se debe establecer para el ámbito de referencia de la actuación de dotación —no para la parcela concreta en la que se produce, sino para el ámbito funcional adoptado para el cálculo de la proporción de suelo dotacional— un suelo dotacional, o superficie edificada o edificabilidad no lucrativa que el ayuntamiento deberá obtener con el valor en metálico obtenido.

V. CONCLUSIONES

El presente trabajo parte de la experiencia y del conocimiento profesional en relación a las actuaciones de dotación. Desde su aparición en nuestro derecho urbanístico en 2007 no ha sido una figura bien entendida ni de fácil aplicación. Quizás su propia denominación; su insuficiente conceptualización derivada de un reduccionismo propio de quien debe aplicar la norma, pero no reflexiona el por qué de esa norma; la dificultad para diferenciarla de otras figuras de intervención en suelo urbano; y, la forma de determinar, y aplicar, las obligaciones derivadas de las mismas siguen generando muchas dudas, controversias y dificultades en su aplicación. Se intenta ofrecer reflexión, información y opinión para construir de forma más sólida la figura y dejar de dar vueltas a la misma, resolviendo cuestiones de carácter teórico y práctico.

Para lograr este objetivo se ha seguido el siguiente proceso:

Primero, entender que las actuaciones de dotación son la aplicación al suelo urbano de la obligación constitucional de que la comunidad reciba una parte de las plusvalías generadas por la actuación urbanística; y, una necesaria técnica urbanística para poder actuar en la ciudad consolidada en el marco del principio de desarrollo urbano sostenible.

Segundo, las actuaciones de dotación solo caben en suelo urbanizado, y por tanto en suelo clasificado por las distintas legislaciones autonómicas como suelo urbano. Pero las legislaciones autonómicas difieren en la categoría en que

caben actuaciones de dotación. En concreto el TRLUA opta por una interpretación restrictiva de la figura al considerar como suelo urbano no consolidado aquel en que se defina una actuación de dotación, aunque el mismo tenga las características de un solar.

Tercero, un suelo es urbano desde que concurren los presupuestos que así se exigen legalmente, y para siempre. Podrá ser consolidado o no consolidado, en función de las actuaciones que se puedan desarrollar en el mismo, y que impliquen, o no, renovación o reforma de la urbanización. Pero su condición de suelo urbano se adquiere fácticamente y no se pierde en modo alguno.

Cuarto, la Ley de Suelo exige se cumplan tres requisitos para entender terminada una actuación de urbanización: conclusión de la ejecución de las obras de conformidad con el instrumento de planeamiento de desarrollo y ejecución; cumplimiento de los deberes propios de las actuaciones de nueva urbanización; y, levantamiento de las cargas correspondientes. A mi juicio, no es exigible la terminación de la urbanización completa, todas las fases previstas y obras exteriores, para recibir una o varias fases que sean funcionalmente utilizables. Y en ese caso ha de entenderse terminada la actuación de urbanización respecto de las parcelas incluidas de la fase recibida, pues las mismas ya pueden ser objeto de licencia de edificación, etc., y por tanto tendrían la situación básica de suelo urbanizado y serían *ope legis* suelo urbano. Se debe acudir a analizar en cada caso la realidad del sector y de la parcela en la que se prevé actuar, y ponderar jurídica y fácticamente la situación, para poder concluir si estamos ante un suelo urbano en el que cabe una actuación de dotación.

Quinto, la jurisprudencia nos ha aportado una expresiva, pero inconcreta, forma de diferenciar las actuaciones de renovación de la urbanización de las actuaciones de dotación, «hacer ciudad» o «mejorar la ciudad». Lo determinante a partir de ahora, a la hora de establecer los derechos y deberes de los propietarios del suelo, no será tanto la categoría en que lo incluya el planeamiento, sino el tipo de actuación de transformación que se pretende llevar a cabo. En las intervenciones sobre una única finca o parcela en la ciudad construida o consolidada, que supongan una operación de intensa transformación urbana, habrá de justificarse en primer lugar la necesidad e intensidad de proceder a una nueva urbanización del ámbito objeto de la nueva propuesta urbanística.

Sexto, para que nazca el deber de entrega de suelo en una actuación de dotación, debe concurrir que se produzca un incremento de aprovechamiento urbanístico y que haya una generación de plusvalías, exigencia implícita, pues el fundamento legal del deber de entrega es la participación de la comunidad en las plusvalías urbanísticas.

Séptimo, el instrumento de planeamiento que posibilite la actuación, bien en un instrumento de modificación o innovación del planeamiento vigente o en una revisión del planeamiento general, deberá calcular si de sus determinaciones existe incremento de aprovechamiento urbanístico.

Octavo, en los supuestos de incremento de la densidad y del cambio de uso, resulta más difícil definir si se produce ese incremento de plusvalía urbanística o desequilibrio dotacional, pues generalmente se producirán sin incremento de edificabilidad y aprovechamiento. En casos que el planeamiento general permitía que las tipologías de vivienda, de las ya existentes, pudieran evolucionar conforme a las necesidades y demandas sociales sin por ello alterar significativamente la estructura misma del plan, se debió haber teniendo en cuenta que esas posibilidades podían dar una realidad distinta a la de inicio, y se debió prever que de producirse la misma, no se alteraría la proporción de habitantes y dotaciones públicas, por lo que no se produciría desequilibrio.

Noveno, la existencia de un desequilibrio dotacional es una premisa obligada para que exista reequilibrio, y por tanto para que se deba producir un deber de cesión por este concepto. Por tanto, el planeamiento debe dotarse de un método para conocer efectivamente la existencia de desequilibrio, y posteriormente una forma de proceder al reequilibrio.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- CALVO MIRANDA, José Luis (2012): «Las actuaciones de dotación en la Ley 3/2009, de Urbanismo de Aragón», en esta REVISTA, 39-40, pp. 293-315.
- CABEZAS ESCOBAR, Juan Manuel (2022): «Algunas consideraciones jurídicas sobre los deberes de reserva de suelo para vivienda de protección pública en la legislación urbanística la luz de la jurisprudencia más reciente», en *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente* 351, pp. 19-46.
- CORTÉS CORTÉS, Gabriel (2001): *La ejecución y recepción de las obras en las urbanizaciones de iniciativa particular*, Cizur Menor (Navarra), Editorial Aranzadi, 344 pp.
- DE GUERRERO MANSO, M^o del Carmen (2011): *La ciudad existente: Delimitación del suelo urbano y en situación de urbanizado*, Madrid, Editorial Iustel, 261 págs.
- DESENTADO DAROCA, Eva (1997): *Discrecionalidad Administrativa y Planeamiento urbanístico*, Cizur Menor (Navarra), Editorial Aranzadi, 514 pp.
- ESPEJO CAMPOS, Alicia (2020): «Las actuaciones de dotación como técnica emergente en la gestión del suelo urbano», en GONZÁLEZ SANFIEL, Andrés M. (director), *Nuevo Derecho Urbanístico: Simplificación, sostenibilidad rehabilitación*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Aranzadi, pp. 413-461.

- FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, Gerardo Roger (2013): «Comentarios a la Ley 8/2013, de 26 de junio, de Rehabilitación, Regeneración y Renovación urbanas», en *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, 285, pp. 37-66.
- (2014): *Gestionar la ciudad consolidada*, Valencia, Edit. Tirant lo Blanch, 156 pp.
 - (2017): *Para comprender el urbanismo español (de una vez por todas)*, Madrid: lustel, 204 pp.
 - (2020): «Para comprender las actuaciones de dotación (de una vez por todas)», en *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, 341, pp. 20-40.
- FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, Gerardo Roger y SÁNCHEZ CASANOVA, Amparo (2007): «Las Actuaciones de Dotación en la nueva Ley del suelo 8/2007, de 28 de mayo», en *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, 235, pp. 12-28.
- HERVÁS MÁZ, Jorge (2009): «Actuaciones de dotación y renovación en suelo urbanizado. La regeneración de la ciudad», en *Consultor de los Ayuntamientos y los Juzgados: Revista técnica especializada en la administración local y justicia municipal*, 5, pp. 732-754.
- (2017): *Nuevo régimen jurídico de la regeneración urbana*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters-Editorial Aranzadi, 707 pp.
- LÓPEZ PÉREZ, Fernando (2014): *El régimen jurídico de obtención de suelo destinado a dotaciones públicas*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters-Editorial Aranzadi. 474 pp.
- MENÉNDEZ REXACH, Ángel (2011): «Instrumentos jurídicos para la regeneración urbana», en *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, 270, pp. 13-49.
- PAREJO ALFONSO, Luciano y FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, Gerardo Roger, Estudio Preliminar de VAQUER CABALERIA, Marcos (2009): *Comentarios al Texto Refundido de la Ley del Suelo (Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio)*, Madrid, lustel, 574 pp.
- RAMÍREZ SÁNCHEZ, Jesús María (2008): «Bases del régimen del suelo», en ENERIZ OLAECHEA, Francisco Javier y BELTRÁN AGUIRRE, Juan Luis (directores), en *Comentarios a la Ley del Suelo. Ley 8/2007, de 28 de mayo*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Aranzadi, pp. 225-304.
- (2010a): «Del urbanismo de excepción al urbanismo sostenible, una respuesta a la crisis económica», en *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, 256, pp. 11-37.
 - (2010b): «La gestión del suelo urbanizado: las actuaciones de dotación en el Texto Refundido de la Ley del Suelo», en *Revista Jurídica de Navarra*, 49, pp. 185-214.

- (2016): «Objetivos y novedades introducidas en el suelo urbano por la Ley Foral 5/2015, de medidas para favorecer el urbanismo sostenible, la renovación urbana y la actividad urbanística en Navarra», en *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, 304, pp. 59-85.
- RAZQUIN LIZARRAGA, Martín (2007): *El régimen jurídico del suelo urbano y el nuevo suelo urbanizado*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Aranzadi, 536 págs.
- SANTANA RODRÍGUEZ, Juan José y SUAY RINCÓN, Juan José (2021): «La consolidación jurisprudencial del nuevo paradigma del urbanismo mediante el régimen de las actuaciones urbanas en suelos urbanos: renovación y actuaciones de dotación», en *Revista General de Derecho Administrativo*, 56, recuperado el 5 de marzo de 2022, en <http://laadministracionaldia.inap.es/noticia.asp?id=1511469>.
- SERRANO LASA Iñaki (2017): *La configuración jurídica de la ciudad compacta a través de las dotaciones públicas*, Oñati, Instituto Vasco de Administraciones Públicas (IVAP), 564 pp.
- TEJEDOR BIELSA, Julio Cesar (1998): *Propiedad, Equidistribución y Urbanismo. Hacia un nuevo modelo urbanístico*, Cizur Menor (Navarra), Editorial Aranzadi, 395 pp.
- TOLOSA TRIBIÑO, César (2019): «Parámetros jurisprudenciales de las actuaciones en suelo urbano», en *Revista de Derecho del Urbanismo*, 1 de septiembre de 2019, recuperado 10 de junio de 2020, <https://derecholocal.es/opinion/parametros-jurisprudenciales-de-las-actuaciones-en-suelo-urbano>.
- VÁZQUEZ OTERO, Alfonso (2020): «Actuaciones de dotación. Cesiones de dotaciones públicas en complejo inmobiliario», en CASTELAO RODRÍGUEZ, Julio, CRIADO SÁNCHEZ, Alejandro y JALVO MINGUEZ, Joaquín (Coordinadores), *La crisis del modelo urbanístico actual. Hacia el urbanismo del siglo XXI, Homenaje a Ricardo Santos Díez*, Madrid, El Consultor de los Ayuntamientos, Wolters Kluber, pp. 527-553.

DEBATES

¿CUMPLEN EL DERECHO EUROPEO Y ESTATAL LAS NORMAS AUTONÓMICAS SOBRE LA GESTIÓN DE LOS FONDOS DE RECUPERACIÓN? (*)

RICARDO RIVERO ORTEGA
Catedrático de Derecho administrativo
Universidad de Salamanca

SUMARIO. I. LA IMPORTANCIA DE CONOCER Y CUMPLIR LAS NORMAS EUROPEAS REGULADORAS DE LOS PROYECTOS DE NUEVA GENERACIÓN.– II. LA INSUFICIENTE REGULACIÓN DE LA NORMATIVA ESTATAL.– III. PANORÁMICA DE LAS NORMAS AUTONÓMICAS SOBRE LOS FONDOS.– IV. DISONANCIAS ENTRE EL DERECHO EUROPEO, EL ESTATAL Y EL AUTONÓMICO.– V. CONCLUSIÓN: LOS RIESGOS DE INCUMPLIR POR UNA DEFICITARIA IMPLEMENTACIÓN EN CASCADA.– VI. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: La aprobación del Instrumento de Recuperación y resiliencia y su regulación por parte de las instituciones europeas ha activado normas sucesivas en los niveles estatal y autonómico. Estas leyes y reglamentos deben cumplir las indicaciones de los reglamentos europeos para evitar expedientes de reintegro.

Palabras clave: Fondos Europeos, instrumento Next Generation EU; recuperación, transformación y resiliencia; Derecho europeo, Derecho estatal y Derecho autonómico.

ABSTRACT: The approval of the recovery and resiliencie instrument and its regulation by de european institutions has activated successive rules in the state and regional levels. These laws and provisions must comply with the indications of the European regulations to avoid repayment of subsidies.

Key words: European Funds, Next Generation EU; transformation and resilience facility; European law, State law and regional law in Spain.

I. INTRODUCCIÓN: LA IMPORTANCIA DE CONOCER Y CUMPLIR LAS NORMAS EUROPEAS REGULADORAS DE LOS PROYECTOS DE NUEVA GENERACIÓN

La aprobación del Instrumento europeo de recuperación y resiliencia es una muestra extraordinaria de realización de la solidaridad que mueve todo el

(*) Trabajo recibido en esta REVISTA con fecha 02/02/2022 y evaluado favorablemente para su publicación el 12/04/2022.

proceso de integración. Una lectura superficial de los tratados no hace pensar que fuera posible adoptar medidas de esta envergadura, por sus consecuencias para el futuro de las economías de los estados miembros.

A partir de los artículos 122 y 175.3 del Tratado de funcionamiento de la Unión europea, entre otras referencias, la Comisión presentó su Comunicación de 27 de mayo de 2020, «el momento de Europa: reparar los daños y preparar el futuro para la próxima generación». Este documento da pie al paquete de estímulos aprobado por el Consejo europeo en julio de 2020, ratificado en noviembre por el Parlamento europeo.

Un primer Reglamento de 14 de diciembre de 2020 regula el instrumento de recuperación tras la crisis Covid-19, dirigido a «...restablecer los mercados de trabajo, así como los sistemas de servicios de asistencia sanitaria y revitalizar el potencial de crecimiento sostenible y de empleo...». Las medidas prioritarias se identifican de un modo que, si un Estado miembro derivara recursos del instrumento hacia otro tipo de políticas, su plan de recuperación se vería comprometido y en riesgo por acciones de exigencia de devolución de fondos.

Una segunda norma de Derecho derivado a tener en cuenta es el Reglamento 2021/241, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de febrero de 2021, por el que se establece el Mecanismo europeo de Recuperación y Resiliencia. Este reglamento contiene previsiones mucho más detalladas en la línea de articular procedimientos y medios concretos de supervisión de la correcta aplicación de los fondos, así que su contenido nos interesa igualmente, al marcar acciones que los Estados como hemos avanzado proyectarán a nivel interno.

Este reglamento hace mención expresa al artículo 175.3 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, pero también a los artículos 120 y 121 del mismo Tratado. Así mismo, se menciona el artículo 148, que se refiere a las políticas de empleo. Y el 174, sobre la cohesión económica y social. La crisis COVID ha afectado a todos estos indicadores y objetivos, así que la activación de medidas extraordinarias para paliar sus daños se considera proporcionada.

Como las medidas son extraordinarias y comprometen el futuro financiero de la propia unión y los estados, este mecanismo se vincula de manera novedosa a la «consecución de resultados». Tal idea debe ser retenida por todos los gestores públicos y privados que aspiren a recibir o reciban fondos de recuperación. Las nociones de hitos y objetivos a las que después nos referiremos son tal vez las más potentes y difíciles de realizar respecto de las experiencias precedentes en la realización de proyectos financiados con fondos europeos.

Así, el considerando 18 del Reglamento establece. «los tipos de financiación y los métodos de ejecución que se establezcan conforme al presente Reglamento deben elegirse con arreglo a su capacidad para cumplir los objetivos específicos de las acciones y para lograr resultados, teniendo en cuenta,

en particular, los costes de los controles, la carga administrativa y el riesgo de incumplimiento previsto».

La norma prevé un procedimiento de suspensión de los compromisos por mayoría cualificada inversa. Si la Comisión lo activa, da pie a un diálogo estructurado que permita expresar sus opiniones al Parlamento Europeo (1).

La Comisión debe presentar un informe con un plazo límite del 31 de julio de 2022. Antes ya se habrán analizado y aprobado los planes de recuperación y resiliencia de los estados miembros, cuyo procedimiento se prevé también en este Reglamento.

La liberación de fondos depende del cumplimiento de hitos y objetivos, una exigencia metódica que se proyectará en cascada sobre todas las entidades que presenten planes. A estos efectos, se prevé el establecimiento de un cuadro de indicadores, que debería estar operativo en diciembre de 2021 y ser actualizado por la Comisión dos veces al año.

Para insistir aún más en la exigencia de efectividad del Reglamento, el considerando 68 merece ser reproducido en su literalidad: «Debe llevarse a cabo una evaluación independiente en la que se examine la consecución de los objetivos del Mecanismo, la eficiencia en la utilización de sus recursos y su valor añadido. Cuando proceda, dicha evaluación debe ir acompañada de una propuesta de modificación del presente Reglamento. Además, debe realizarse una evaluación *ex post* independiente en la que se analicen las repercusiones a largo plazo el Mecanismo».

También se indican en los considerandos las normas aplicables al mecanismo, Reglamentos sobre intereses financieros de la Unión, y los relativos a la prevención, detección, corrección e investigación del fraude, la corrupción y los conflictos de intereses, incluyendo la imposición de sanciones administrativas. Los procedimientos deben respetar las normas de simplificación y los principios del llamado Reglamento financiero (2018).

El mecanismo que se aprueba debe respetar el principio de adicionalidad de la Unión. Esto es importante porque significa que no debe sustituir a los gastos nacionales ordinarios, salvo en casos debidamente justificados. También se hace referencia al principio de «no causar un perjuicio significativo», por el que debe velar la Comisión. Estos dos principios deberían haber sido reiterados y enfatizados en las normas nacionales (estatales y autonómicas), pero como veremos en los siguientes apartados no ha sido el caso en España, donde apenas se señalan las líneas rojas comunitarias de la ejecución de los fondos.

(1) WITTE, B., «The European Union's Covid-19 Recovery Plan: The Legal Engineering of an Economic Policy Shift», *Common Market Law Review* (2021).

Las fuentes diversas de financiación de los proyectos serán probablemente uno de los motivos más frecuentes de controversia en el futuro, así como también se calibrará en su seguimiento el impacto ambiental generado por su ejecución, siendo en algunos casos fácil de demostrar la contribución mitigadora del cambio climático (energías limpias), pero no tanto en otros que producen huella de carbono.

El considerando 10 enuncia los seis pilares en los que deben basarse las acciones financiadas con el instrumento: transición ecológica, transformación digital, crecimiento inteligente sostenible e integrador, que incluya la cohesión económica, el empleo, la productividad, la competitividad, la investigación, el desarrollo y la innovación, y un mercado interior de funcione correctamente con pequeñas y medianas empresas (pymes) sólidas; la cohesión social y territorial; la salud y la resiliencia económica, social e institucional, con miras a aumentar la capacidad de respuesta y la preparación ante las crisis y políticas para la próxima generación, la infancia y la juventud, tales como educación y el desarrollo de capacidades.

De toda la lectura de los considerandos del preámbulo del reglamento extraemos conclusiones útiles a la hora de plantear y formular los proyectos, pero queremos poner énfasis en el considerando 34: «Las autoridades regionales y locales pueden ser socios importantes en la aplicación de las reformas y las inversiones. A este respecto, se les debe hacer partícipes y consultar debidamente, de conformidad con el marco jurídico nacional».

Esto quiere decir que el principio de subsidiariedad, que es un pilar básico del proceso de integración, debe respetarse. No hay muchas más referencias a la idea de subsidiariedad, pero los gobiernos territoriales y locales podrían invocarlo si observaran una excesiva centralización en la gestión de los fondos.

El artículo 2 del Reglamento incluye algunas definiciones que pueden ser de interés, en particular el concepto de «resiliencia»: «la capacidad de hacer frente a perturbaciones económicas, sociales y medioambientales, o a cambios estructurales persistentes de una manera justa, sostenible e inclusiva y «no causar un perjuicio significativo» (no apoyar actividades económicas que perjudiquen los objetivos medioambientales»).

Desde un punto de vista más práctico, son importantes las definiciones de «hitos y objetivos»: las medidas de progresión hacia la consecución de una reforma o una inversión, considerándose que los hitos constituyen logros cualitativos y los objetivos constituyen logros cuantitativos».

El artículo 4 está dedicado al objetivo general y los objetivos específicos. El objetivo general es fomentar la cohesión económica, social y territorial de la Unión mejorando la resiliencia, la preparación frente a la crisis, la capacidad de ajuste y el potencial de crecimiento de los Estados miembros, mitigando el impacto social y económico de la crisis, en particular en las mujeres, contribuyendo a la aplicación el pilar europeo de los derechos sociales, apoyando la

transición ecológica y la neutralidad climática, fomentar empleo de calidad y valor añadido europeo.

El objetivo específico es proporcionar a los Estados ayuda financiera para alcanzar los hitos y objetivos de las reformas. A continuación, se detallan los recursos del instrumento, su ejecución, las ya expresadas limitaciones de adicionalidad y las garantías de buena gobernanza económica, que son medidas que puede tomar la Comisión cuando considere que las decisiones de los Estados no están ajustándose a la necesaria coordinación de las políticas económicas. El resto del articulado se ocupa de la contribución financiera, el proceso de asignación, los préstamos y la revisión, los planes de recuperación y resiliencia que tienen que aprobar los Estados y las disposiciones institucionales (transparencia, diálogo con las instituciones europeas, presentación de informes). La comunicación entre los gobiernos y la Comisión ha de ser constante, para garantizar tanto la visibilidad de los planes y proyectos como su correcta ejecución en los términos aprobados.

Todas estas disposiciones son relevantes porque marcan la pauta de lo que los gobiernos centrales (la Administración del Estado en el caso español) probablemente exigirán a las entidades autonómicas y locales que reciban fondos. Para poder trasladar información a la Comisión europea y rendir cuentas de su gestión de los fondos, deberán marcar requerimientos similares en lo relativo al cumplimiento de objetivos, la transparencia, la comunicación constante, la visibilidad de los proyectos y, por supuesto, como veremos a continuación, del correcto cumplimiento de todas las normas.

Esto afecta a la prevención de la corrupción, pero también al respeto de otros valores como la independencia judicial, la igualdad de oportunidades o incluso las previsiones de los tratados sobre cuestiones de género, tal y como se vio en los casos de Hungría y Polonia. Todo ello ha sido afianzado mediante el Reglamento 2020/2092 del Parlamento europeo y del Consejo de 16 de diciembre de 2020 sobre un régimen general de condicionalidad para la protección del presupuesto de la Unión.

Los riesgos de desviación de los valores de la Unión, debidos a las tentaciones populistas o extremistas de determinados gobiernos, amén de la necesidad de prevenir como hemos dicho incumplimientos graves en la ejecución de los recursos europeos, llevan a adoptar este Reglamento, que se ha llamado de condicionalidad para la protección del presupuesto de la Unión, pero que también podría ser calificado como reglamento del Estado de Derecho.

El Preámbulo del Tratado de la Unión Europea hace una mención expresa al Estado de Derecho: «inspirándose en la herencia cultural, religiosa y humanista de Europa, a partir de la cual se han desarrollado los valores universales de los derechos inviolables e inalienables de la persona, así como la libertad, la democracia, la igualdad y *el Estado de Derecho*».

Y es reiterativo en este sentido: «Confirmando su adhesión a los principios de libertad, democracia y respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y del Estado de Derecho».

El artículo 2 del Tratado establece que «la unión se fundamenta en los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías. Estos valores son comunes a los Estados miembros en una sociedad caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombres».

Estas consideraciones son asumidas y reproducidas por el Reglamento europeo de 16 de diciembre de 2020 al establecer un régimen de condicionalidad para la protección del presupuesto de la Unión (2).

Así, su primer considerando reitera que la Unión se fundamenta en los valores de respeto de la dignidad humana, la libertad, la democracia, la igualdad, el Estado de Derecho y el respeto de los derechos de las personas (incluyendo las minorías). En este momento crucial, el Consejo Europeo ha considerado clave que los intereses financieros de la Unión sean protegidos mediante las instituciones propias del Estado de Derecho.

El considerando tercero del Reglamento es elocuente: «El Estado de Derecho requiere que todos los poderes públicos actúen dentro de los límites establecidos por la ley, de conformidad con los valores de la democracia y del respeto de los derechos fundamentales establecidos en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y otros instrumentos aplicables, y bajo el control de órganos jurisdiccionales independientes e imparciales. Exige, en particular, que se respeten los principios de legalidad, que implica un proceso legislativo transparente, responsable, democrático y pluralista, de seguridad jurídica, de prohibición de la arbitrariedad del poder ejecutivo».

Toda la legislación de los estados miembros debe respetar estos principios y valores, en todos los niveles de gobierno (hay que añadir). Además, el respeto del Estado de Derecho es presupuesto del cumplimiento del principio de buena gestión financiera, es decir, sin Estado de Derecho no puede hablarse de buena gestión financiera en el sentido indicado por el artículo 317 del Tratado de Funcionamiento, un precepto que se refiere a controles, auditorías y responsabilidades.

El considerando ocho del Reglamento lo detalla en sus proyecciones sobre la gestión de los fondos. «los Estados miembros solo pueden garantizar la buena

(2) URBANEJA CILLAN, J, «El régimen general de condicionalidad para la protección del presupuesto de la Unión Europea: ¿un mecanismo efectivo de garantía del Estado de Derecho en los Estados miembros de la Unión Europea?», *Revista Española de Derecho Europeo*, (2021).

gestión financiera si las autoridades públicas actúan conforme a Derecho, si los casos de fraude, incluido el fraude fiscal, de evasión fiscal, de corrupción, de conflictos de interés y otros incumplimientos del Derecho son efectivamente perseguidos por servicios encargados de la investigación y el ejercicio de la acción penal, y si las decisiones arbitrarias o ilícitas de las autoridades públicas incluidas las autoridades policiales, son objeto de un control judicial efectivo por parte de otros órganos jurisdiccionales independientes y el Tribunal de justicia de la Unión Europea».

Se enfatiza de forma particularmente intensa en varios considerandos la independencia y la tutela judicial efectivas. Y se afirma la conexión clara entre Estado de Derecho y buen funcionamiento de la economía, tanto desde la perspectiva de la cohesión social como en la lógica del mercado.

Estos mecanismos de control y su efectividad práctica se consideran pues condiciones imprescindibles de la gestión de los fondos. Si una Administración de un Estado miembro no tiene perfectamente claro este principio, pone en riesgo la credibilidad de la ejecución del instrumento en su propio país.

Las medidas que se pueden adoptar para la protección del presupuesto de la Unión están relacionadas en el artículo 5, Afectan principalmente a la transferencia de fondos y la ejecución de proyectos. La aplicación de estas medidas está por supuesto rodeada de unas garantías y se debe seguir un procedimiento y respetar el principio de proporcionalidad.

Para completar este capítulo, conviene citar y conocer la resolución del Parlamento Europeo sobre la aplicación del Reglamento 2020/2092, mecanismo de condicionalidad del Estado de Derecho. Recuerda el Reglamento revisado de la OLAF.

El informe de la Comisión sobre el Estado de Derecho en Europa es revelador en su interpretación de conceptos básicos, así como por sus proyecciones sobre España. Además de la independencia judicial, subraya la importancia de la lucha contra la corrupción.

Las consecuencias de la aprobación de esta norma y su proyección sobre la gestión de los fondos de recuperación son trascendentes. Cualquier desviación tanto a nivel estatal como autonómica o local podría dar lugar a exigencias de información o procedimientos que afectaran a la transferencia o la devolución de los fondos. La Comisión velará porque se respeten estos principios.

El Gobierno de España debe poner pues particular cuidado en despejar cualquier sospecha de arbitrariedad, ilegalidad o corrupción en la gestión de los fondos.

Precisamente por esta razón, parece muy aconsejable conocer con mucho mayor detalle el régimen jurídico nacional de la gestión de los fondos europeos. El correcto cumplimiento de las normas ha devenido una cuestión esencial,

aunque en realidad siempre lo fue. Ahora se afirma con total precisión que «Existe...una clara relación entre el respeto del Estado de Derecho y la ejecución del presupuesto de la Unión de conformidad con el principio de buena gestión financiera».

El articulado de este Reglamento presenta gran valor, porque incluye una definición normalizada del concepto Estado de Derecho, una definición de entidad pública que por supuesto alcanza a las autoridades locales y una descripción de qué se considera una vulneración: poner en peligro la independencia de los jueces; no impedir, corregir o sancionar decisiones arbitrarias o ilícitas por parte de las autoridades públicas, o no garantizar la ausencia de conflictos de interés; limitar la disponibilidad o la eficacia de las vías de recurso judicial, o limitar la investigación, persecución o sanción efectiva de las infracciones del Derecho.

También se especifican circunstancias que afectan de manera más directa al principio de buena gestión financiera. La corrección en los procedimientos de contratación pública y subvención, el buen funcionamiento de las autoridades de gestión financiera y rendición de cuentas, o el buen funcionamiento de los servicios de investigación y de la fiscalía.

Todos estos condicionantes habrían de ser tenidos en cuenta en la normativa nacional (estatal y autonómica) sobre ejecución de los fondos europeos, pero vamos a ver cómo las decisiones adoptadas en España hasta ahora ponen el foco sobre cuestiones no siempre coincidentes con los reglamentos estudiados (3).

II. LA INSUFICIENTE REGULACIÓN DE LA NORMATIVA ESTATAL

El Real Decreto-Ley 36/2020, de 30 de diciembre, es la principal disposición aprobada por el Estado para regular la gestión de los fondos europeos. Además de presentar un sesgo estatalista por el protagonismo hegemónico del nivel central, y del escaso papel otorgado al sector privado, las modificaciones normativas que incorpora esta norma con rango de ley afectan en menor medida a las comunidades autónomas (y a las entidades locales), toda vez que resta el carácter básico a la mayor parte de sus contenidos.

La instituciones europeas aconsejan la participación de todos los niveles territoriales de gobierno en la recuperación económica, conforme al principio de subsidiariedad, como también sugieren tener presente la necesaria cola-

(3) RASTROLLO SUÁREZ, J. /GARCÍA JIMÉNEZ. A., *Guía para la planificación, gestión y ejecución de los fondos del plan para la recuperación, transformación y resiliencia*, Aranzadi, (2021).

boración público-privada en la ejecución de los fondos, una recomendación constante que se podría contradecir si se propiciara un excesivo papel del sector público estatal, tan evidente en la filosofía de este Real Decreto-ley, que lo reconoce de manera expresa, apuntando en este primer epígrafe de la Exposición de motivos a la Administración General del Estado. Ya he avanzado que esa asignación del papel decisivo al nivel central puede no ser del todo compatible con la estructura descentralizada de nuestro Estado y con una Constitución económica territorial que también asigna competencias a las comunidades autónomas (y entidades locales).

La centralización no suele ser la vía más eficiente para lograr agilidad y ejecución adaptada a las necesidades que se pretenden resolver. A este problema se añade el de la complejidad de un ordenamiento administrativo farragoso y prolijo, con «cuellos de botella» que la norma aprobada pretende eliminar. El texto reconoce que la Administración española requiere un «proceso de modernización» para estar a la altura de las circunstancias, pero no está claro que este propósito pueda realizarse simultáneamente al cumplimiento del gran trabajo que comportará la gestión de los fondos europeos.

Muchas de las previsiones del Real Decreto-Ley no son aplicables a las comunidades autónomas o entidades locales, así que nos detendremos fundamentalmente en las que sí lo son, comenzando por las relativas al objeto, ámbito de aplicación y principios generales.

El artículo 1 se cierra con un cuarto apartado que salva como no puede ser de otra manera la vigencia del Derecho europeo, los reglamentos (que no necesitan normas de transposición). Así se despeja siquiera formalmente la corrección del cumplimiento de las normas comunes sobre los fondos. Cuestión distinta es que, como ya he avanzado, quizás algunos de los principios y reglas de los reglamentos debieran haber sido más subrayados por la norma estatal (así, por ejemplo, el principio de no causar un daño significativo).

El artículo dos se ocupa del ámbito de aplicación de las disposiciones de este Real Decreto-Ley, que incluye en principio sólo entidades del sector público, eliminándose las referencias a potenciales colaboradores privados de versiones anteriores de esta norma, lo que no excluye a entidades instrumentales de Derecho privado (empresas públicas, sociedades mercantiles y fundaciones de titularidad pública). A continuación, veremos que el ámbito se amplía con criterios funcionales y de tipo material, aunque la primera descripción pudiera parecer restrictiva.

La interpretación completa del ámbito se deriva de la lectura completa del artículo 2.1 de la Ley 40/2015, que incluye en el sector público: a) La Administración General del Estado; b) Las Administraciones de las Comunidades Autónomas; c) Las Entidades que integran la Administración local; d) El sector público institucional. A continuación, el apartado segundo del mismo artículo 2,

incluye en el sector público institucional (y, por ende, en el sector público): a) Cualesquiera organismos públicos y entidades de derecho público vinculados o dependientes de las Administraciones públicas; b) Las entidades de derecho privado vinculadas o dependientes de las Administraciones públicas que quedarán sujetas a lo dispuesto en las normas de esta ley que específicamente se refieran a las mismas, en particular a los principios previstos en el artículo 3, y en todo caso, cuando ejerzan potestades administrativas; c) Las Universidades públicas que se regirán por su normativa específica y supletoriamente por las previsiones de la presente Ley. Más allá de la consideración o no como administraciones públicas de unas u otras entidades, el concepto de sector público resulta amplio y tendencialmente omnicompreensivo.

El ámbito de aplicación del Real Decreto-Ley 36/2020 presenta también exclusiones (en versiones anteriores se hacía referencia a «sujetos de derecho privado»). Su actual redacción se refiere sólo a los actores del sector público participantes en la gestión de los fondos de la recuperación económica, luego pareciera que únicamente estos resultan concernidos por este marco. Para ellos se establece un régimen jurídico propio, *ad hoc*, para la utilización de un instrumento financiero excepcional, pero se omite la referencia a las entidades privadas (salvo aquellas vinculadas o dependientes de alguna Administración).

Esta es la lectura literal del precepto, pero una interpretación más compleja permitiría extender la aplicación de la norma a todas las «actuaciones», incluyendo entonces también las realizadas por entidades privadas. Esta cuestión no es baladí, toda vez que los instrumentos de colaboración público-privada incluyen fórmulas personificadas de todo tipo (consorcios y sociedades mixtas, particularmente). Tales estructuras presentan además una tradición como modos de gestión en la Administración local, así que no estamos ante una cuestión puramente teórica ni trivial. Nuestra interpretación extiende el alcance del ámbito a los proyectos financiados con fondos de recuperación que sean gestionados por estas entidades.

El artículo 2 diferencia entre el alcance de los Títulos I (Disposiciones generales), el Capítulo III del Título III (Instrumentos de gestión pública), los Capítulos III, IV, V y VI del Título IV (especialidades en materia de contratación; medidas de agilización de los convenios financiables con fondos europeos; medidas de agilización de las subvenciones financiables con fondos europeos; especialidades en materia de evaluación ambiental), así como el artículo 46 (seguimiento de los proyectos financiados a través del Plan de Recuperación, Resiliencia y Transformación de la UE), preceptos todos que se aplican a las entidades del sector público en cualquier actuación financiable tanto con los fondos del Instrumento Europeo de Recuperación como por otros fondos comunitarios (FEDER, Fondo Social Europeo Plus, Fondo Europeo Agrícola de Desarrollo Rural y Fondo Europeo Marítimo y de Pesca), de los Capítulos II del

Título III (Estructuras de gobernanza) y el Capítulo VII del Título IV (Instrumentos de colaboración público-privada para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia de la Economía Española), que se circunscriben a los fondos del Mecanismo de Recuperación y Resiliencia. Algunas disposiciones, por tanto, son aplicables a toda la gestión con fondos europeos, y otras sólo para los fondos de recuperación.

Si la proyección de los preceptos del Real Decreto-Ley a acciones concretas de las comunidades autónomas y entidades locales no fuera ya de por sí sumamente compleja por esta redacción, se complica más aún por lo previsto en la Disposición final primera sobre el carácter básico (o no básico) de los artículos de la norma. Se consideran no básicos los siguientes. el artículo 5; el artículo 6; el artículo 14; el artículo 15; el artículo 16; el artículo 17; el artículo 18; el artículo 22; el Capítulo III del Título III; el Capítulo I del Título IV, salvo el apartado 4 del artículo 37 y los artículos 39, 44 y 46; el Capítulo II del Título IV; el artículo 48; el apartado 2 del artículo 54; el artículo 55; el artículo 59; los apartados 2 y 3 del artículo 60; los apartados 2 y 3 del artículo 61; el apartado 2 del artículo 62; el artículo 63; el artículo 64; el artículo 65; el artículo 66; los apartados 1, 2 y 3 del artículo 68; la disposición adicional segunda; la disposición adicional quinta; la disposición transitoria única; la regulación de los plazos establecidos en la disposición final tercera; la disposición final cuarta; el apartado Dos de la disposición final quinta. En fin, sería quizás más fácil señalar qué es básico, que no es tanto, porque el régimen directamente aplicable a las entidades locales, por ejemplo, tiende a limitarse a las cuestiones de principios y algunas regulaciones puntuales entre exclusiones tan prolifas.

La condición no básica de los preceptos no comporta su inaplicabilidad necesaria, pero sí comporta una circunscripción a la Administración estatal que tendrá que ser cubierta de algún modo (por vía de norma autonómica o local; o por vía de interpretación).

Al menos los principios de gestión sí son aplicables a todas las administraciones y, por supuesto, a las entidades que integran la Administración local. Todas ellas deben servir con objetividad los intereses generales, tal y como señala el apartado primero del artículo 3 recordando el 103 de la Constitución española. A continuación, se enuncian en esta norma los principios generales sobre los fondos (subsidiariedad, buena gestión financiera, eficacia, reducción de cargas administrativas). Se incentiva la asociación y gobernanza a varios niveles (autoridades locales, interlocutores económicos y sociales, organismos representativos de la sociedad civil...). Por supuesto se enfatiza la promoción de la igualdad entre hombres y mujeres y la no discriminación, así como el desarrollo sostenible.

Otros principios que se reiteran junto a la objetividad, la suma de la eficacia y la responsabilidad (que también son principios constitucionales). En

realidad, en el segundo apartado de este precepto se entremezclan verdaderos principios, redundantes con otras leyes (la cooperación, colaboración y coordinación entre Administraciones públicas), algunos novedosos (creación de sinergias) y otros que son reglas de buena gestión traducibles en principios (agilidad, celeridad, simplicidad y claridad en los procedimientos).

Las referencias más originales son las relativas a la «gestión por objetivos» y la «innovación en la gestión y creación de sinergias». Los fondos del Instrumento de Recuperación han de ejecutarse bajo unas circunstancias insólitas y de extraordinaria presión temporal, así que las formas habituales de la administración burocratizada no serán las más adecuadas. Las dificultades de combinar celeridad y control, legalidad y flexibilidad, participación, diálogo, transparencia y eficacia se harán muy evidentes.

En todo caso, el principio de objetividad habría de ser uno de los más relevantes en la gestión de estos fondos, pues habría de evitarse su utilización partidista, desviada u orientada a favorecer a entidades públicas o privadas tendencialmente afines a los gobiernos u organismos que las concedieran. Una primera prueba de calidad en la gestión se planteará en el momento de seleccionar los proyectos, motivando de forma convincente por qué unos sí son beneficiados y otros no, procedimiento por cierto nada regulado en esta norma, que se ocupa de otras cuestiones, pero no de los criterios selectivos en la asignación de los recursos públicos.

La preocupación por los aspectos de control queda de manifiesto en el contraste entre versiones anteriores de la norma, en las que no se hacía referencia a principios como control eficaz, prevención del conflicto de interés, promoción de competencia efectiva e igualdad, mérito y capacidad. Seguramente las observaciones de expertos sobre el necesario equilibrio entre eficacia y control explique esta mejora de la lista de principios (4).

Además de los principios de gestión, se regulan en el artículo siguiente (el 4), directrices de gestión ¿Qué tienen en común y qué diferencia las directrices de los principios? Los principios tienen una naturaleza jurídica, siendo útiles en la interpretación y la aplicación de las normas. Las directrices, en cambio, son guías de gestión, luego su naturaleza es distinta, aunque cumplan cometidos comunes e incluso podamos señalar claras coincidencias entre el artículo cuarto y el tercero (el énfasis en las soluciones innovadoras, las sinergias, los objetivos).

El conjunto de directrices del artículo cuarto pretende orientar a los órganos responsables en un estilo de gestión peculiar y distinto respecto al predominante hasta ahora. Si no fuera así, no tendría mucho sentido este precepto. Así, el

(4) BERNAL BLAY, M.A./NAVARRO MOLINES, G. (Eds.), *Fondos europeos para la recuperación, transformación y resiliencia: ejecución y auditoría*, Monografía XX de esta REVISTA, 2021.

pragmatismo en la valoración de la adecuación entre objetivos y medios, la verificación de las disponibilidades, la evaluación de las desviaciones son llamamientos concretos a la búsqueda de la eficacia. Hay una clara inspiración de estas directrices en las previsiones de los reglamentos europeos que explicamos en el capítulo primero, por lo que sorprende que otros principios y directrices de esos mismos reglamentos se omitan.

Entre lo más novedoso, el liderazgo de acciones, reformas y equipos es una llamada a la iniciativa, contra la pasividad y la inercia que a menudo marca la agenda de la Administración pública. El análisis de objetivos y recursos es otra metodología pragmática, pues requiere aplicar una visión realista de las propias capacidades y los propósitos planteados, para adecuar unos y otros.

Esta reflexión se orienta a la detección de necesidades, remediándolas para poder proseguir en la línea estratégica de las iniciativas marcadas. Sólo una evaluación constante y en tiempo real de los objetivos parciales previamente señalados, teniendo presentes los recursos a disposición, permitirá llevar a cabo los proyectos con la mayor efectividad.

Si tuviéramos que resumir en una palabra estas directrices, elegiríamos el término realización, lo que quiere decir que todo este artículo traslada un mensaje de cumplimiento, de consecución de resultados.

Los artículos 5 y 6, que regulan directrices de coordinación y directrices de procesos y procedimientos no tienen carácter básico, sin perjuicio de que puedan asimilarse en los niveles locales tanto los grupos de trabajo como las recomendaciones técnicas que puedan surgir de los mismos, pero siempre desde la propia competencia y la potestad organizatoria de cada Administración autonómica o local.

Este precepto convierte una forma de trabajo informal, los grupos para compartir ideas y soluciones para atender las necesidades comunes, en una opción institucional. Ahora bien, no parece querer darles a estos grupos el carácter de órganos administrativos, lo que podría suponer un grado de formalismo en su actuación contraproducente para sus originales propósitos. Este comentario no es menor, pues si llegara a considerarse que los grupos son tales órganos administrativos, su régimen jurídico consiguiente determinaría toda una serie de consecuencias relevantes.

Sí pueden ser órganos administrativos las «unidades existentes», luego los anteriores y estas no coinciden ni en su naturaleza ni en las normas que deben cumplir en su funcionamiento, lo que podría tenerse en cuenta a la hora de optar por unos u otras. Sus funciones parecen intercambiables en el tenor del precepto, pero incluyen responsabilidades de coordinación y aprobación que pudieran entenderse como resoluciones, si no se limitan a formular propuestas no plenamente vinculantes.

Las medidas de agilización en la tramitación de los convenios administrativos previstas en el artículo 7 sí serían aplicables a las administraciones autonómicas y locales. Toda vez que se mantiene el régimen de la Ley 40/2015 como normativa de referencia, la única modificación prevista en este precepto es un llamamiento a la celeridad, agilidad y reducción de tiempos de tramitación. Esto debe proyectarlo después cada entidad sobre sus propios procedimientos, aplicando un consejo del poder normativo estatal no acompañado de reformas precisas sobre el ordenamiento del que dispone.

El Capítulo II del Título II del Real Decreto-Ley también es aplicable a las administraciones autonómicas locales, aunque bajo el título de «Nuevas formas de colaboración público-privada» se limite a definir los llamados PERTEs (Proyectos Estratégicos para la Recuperación y Transformación Económica), que serían aquellos de carácter estratégico con capacidad de arrastre del crecimiento económico, el empleo y la competitividad. Las condiciones para plantear un PERTE se exponen en el artículo 8, que sugiere la suma de la iniciativa privada y el impulso público en línea con los objetivos marcados por la Unión Europea en el Instrumento Europeo de Recuperación.

El Registro estatal de entidades interesadas en los Proyectos Estratégicos de Recuperación y Transformación Económica se regula en una Orden Ministerial de 10 de marzo de 2022 complementando la regulación del artículo 9. La comunicación del interés en los PERTEs se viene produciendo por vías informales de relación interadministrativa, de un modo que dificulta garantizar la objetividad y el igual acceso de todas las entidades. Tampoco se exige de momento el cumplimiento de las normas comunes del proceso de acreditación como entidad interesada en un PERTE del artículo 10 del Real Decreto-ley. Al establecer el registro como condición para la recepción de las ayudas se genera una incertidumbre que preocupa a la hora de plantear y/o gestionar este tipo de proyectos.

Los PERTEs se definen como proyectos con «potencial de arrastre», que deben aunar a Administraciones, empresas y centros de investigación. Sus dimensiones han de ser por tanto sobresalientes, no considerándose entonces tales proyectos menores. También se apunta un requisito que requiere sumar lo público y lo privado, más la capacidad de investigación, reconociendo (sin mencionarlas, por cierto) las capacidades que pueden aportar las universidades (públicas, principales agentes del sistema de investigación), el CSIC y otros centros.

El equivalente de referencia de esta herramienta son los proyectos de interés común europeo. Algunos proyectos de grandes dimensiones pueden ser recordados en este sentido, como la construcción del Eurotúnel o el CERN. Este tipo de proyectos son los que pueden captar más inversión y propiciar sinergias de todo tipo.

Continuando con el repaso del articulado del Real Decreto-Ley, las previsiones del Real Decreto-ley sobre el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia son relevantes hasta el dictado de este Plan, ya aprobado, pero tienen escasa proyección sobre las entidades locales, salvo claro está la fijación de prioridades estratégicas que deben ser tenidas en cuenta para formular los proyectos. La participación de las entidades locales en la aprobación del Plan se ha canalizado a través de la Federación Española de Municipios y Provincias.

La gobernanza del instrumento de recuperación en España incluye, además de la participación social, órganos de nuevo cuyo con participación de otros muchos órganos. Así, la Conferencia Sectorial del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia (artículo 19), la Autoridad responsable del Mecanismo de Recuperación y Resiliencia (artículo 20) o la Autoridad de control del Mecanismo para la Recuperación y Resiliencia, que es la Intervención General de la Administración del Estado (artículo 21), con el papel preventivo del Servicio Nacional de Coordinación Antifraude.

Al no haberse declarados básico los preceptos del Capítulo III del Título III del Real Decreto-Ley, que contiene los denominados «Instrumentos de gestión pública», se priva a las administraciones autonómicas y locales de su aplicabilidad directa, que pueden sin embargo acordar o regular con sus propios medios. Así, la planificación estratégica regulada en el artículo 23, las previsiones sobre organización del artículo 24, las instrucciones de gestión del artículo 25 o las previsiones sobre formación del artículo 26.

Más grave aún desde una perspectiva práctica es la inaplicabilidad directa de las previsiones sobre gestión de recursos humanos. La incorporación de personal especializado y dedicado a la gestión de estos proyectos será necesaria, pero los niveles administrativos distintos al Estado (incluyendo las entidades locales) no cuentan con una previsión legal para tomar las decisiones precisas. Una medida tan práctica como la asignación de funciones a tiempo parcial, por ejemplo, o la creación y modificación de puestos de trabajo con este fin, son buenas muestras de lo que se podría haber extendido y los entes locales tendrán que arbitrar con sus propios medios. Lo mismo puede decirse sobre la oferta de empleo público, la provisión de puestos de nuevo ingreso, el nombramiento de personal estatutario de carácter temporal, funcionario interino y laboral con contratos de duración determinada.

Una situación similar se da respecto de las previsiones sobre digitalización y medios materiales (artículos 35 y 36).

Lo mismo sucede con buena parte del Título IV. Todo el capítulo primero carece de carácter básico salvo el apartado 4 del artículo 37 («En los organismos públicos y resto de entidades del sector público estatal con presupuesto estimativo, las Comunidades autónomas y Corporaciones locales y sus entidades dependientes, los ingresos por transferencias recibidas de la Administra-

ción General del Estado, procedentes del Mecanismo para la Recuperación y Resiliencia del REACT-EU, están legalmente afectados a financiar los proyectos o líneas de acción que se integren dentro del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, con el grado de detalle especificado en el mismo. En caso de no realizarse el gasto o en caso de incumplimiento total o parcial de los objetivos previstos, las citadas entidades deberán reintegrar los fondos recibidos al Tesoro Público de manera total o parcial, en caso de El procedimiento de reintegro a estos efectos se regulará por Orden de la Ministra de Hacienda».

Esta disposición es un aviso importante sobre las consecuencias de no afectar los recursos a los fines propios del Plan de Recuperación, pero también de las derivadas de no tomar en serio la idea de objetivos e hitos que preside todo el mecanismo y la metodología de seguimiento, un cambio radical en la forma de entender los proyectos en las Administraciones públicas españolas. La misma advertencia se incorpora al apartado 5 para las entidades privadas receptoras de fondos.

También es aplicable a las administraciones autonómicas y locales conforme a las previsiones sobre preceptos básicos la relativa a tramitación anticipada de expedientes de gasto, en el artículo 39, o así la elevación de la limitación a los pagos anticipados, ni los compromisos de gasto de carácter plurianual del artículo 41, ni las incorporaciones de crédito del artículo 42, ni la flexibilización del calendario de cierre de ejercicio. Si lo es la ejecución de créditos que hayan de distribuirse territorialmente a favor de las Comunidades Autónomas, no el régimen de control previo aplicable a estos expedientes, y sí las previsiones sobre seguimiento de los proyectos, en concreto el apartado 2 del artículo 46: «Las entidades del sector público estatal, autonómico y local, tanto aquellos con presupuesto limitativo como las que operen con presupuesto estimativo, deberán remitir periódicamente, con la periodicidad, procedimiento y formato, y con referencia a las fechas contables, que establezca la Autoridad de gestión nacional del correspondiente programa o mecanismo comunitario, información sobre el seguimiento de la ejecución contable de los gastos imputados a proyectos o iniciativas del Plan de Recuperación, Resiliencia y Transformación de la UE, con la debida identificación de dichos proyectos o iniciativas a través del código de referencia único mencionado en el apartado 1, del programa o mecanismo comunitario, y de la entidad u organismo a que correspondan».

Este mismo precepto también regula un aspecto técnico relevante en la trazabilidad y el control de la ejecución de los fondos, a saber, los códigos de identificación de la Base de Datos Nacional de Subvenciones (BDNS) y el número de identificación del contrato en la Plataforma de Contratación del Sector Público. Estos códigos de identificación tienen que complementarse y sintonizarse para lograr mediante las nuevas tecnologías un seguimiento inteli-

gente y automatizado que incluirá la prevención del conflicto de intereses. Los apartados 3, 4, y siguientes del artículo 46 son muy detallados en este sentido, aunque serán necesarias órdenes e instrucciones ulteriores para concretarlo técnicamente. Lo que es claro es que «Las entidades del sector público estatal, autonómico y local establecerán los procedimientos para garantizar que consta en la Base de Datos Nacional de Subvenciones y Ayudas públicas o en la Plataforma de Contratos del Sector público, respectivamente, la identificación del proyecto o iniciativa a que corresponden la convocatoria o contrato a que se refiere el apartado anterior, para las convocatorias o contratos que se aprueben a partir de 2021».

El capítulo II del Título IV, que regula especialidades en la tramitación de procedimientos, tampoco tiene carácter básico, aunque como veremos en el capítulo siguiente las leyes autonómicas han replicado su contenido en algunos aspectos. Así, se prevén agilizaciones de los plazos para aprobación de normas, También se prevé la tramitación de urgencia de los procedimientos administrativos de ejecución de gastos con cargo a fondos europeos para el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia.

Las especialidades en materia de contratación sí tienen carácter básico, lo que es muy importante si tenemos en cuenta la necesidad de agilizar efectivamente estos procedimientos para la ejecución: la autorización para contratar (artículo 49), la tramitación de urgencia (artículo 50), el procedimiento abierto simplificado abreviado (para importes inferiores a 200.000 euros en obras y 100.000 en suministros y servicios), el procedimiento abierto simplificado ordinario, la ampliación del plazo de vigencia de los contratos y la elaboración de pliegos tipos de contratación (salvo la referencia al Ministerio de Hacienda del apartado segundo del artículo 54, que no tiene carácter básico). No tiene carácter básico la referencia a encargos por medios propios del artículo 55, una disposición muy importante a nuestro modo de ver que convendría extender de alguna manera a las entidades locales, pues la ejecución a través de entidades personificadas dependientes de la Administración local podría facilitar la agilidad y flexibilidad, evitando la creación de nuevas estructuras o multiplicando las personalidades jurídicas. Sí son básicas las referencias a contratos de obras y de servicios, las instrucciones de la Junta Consultiva de Contratación del Estado y el Recurso especial en materia de contratación (5).

Una referencia redundante con otras anteriores encontramos en el artículo 59, sobre medidas de agilización de convenios. El mantenimiento del régimen de la Ley 40/2015 deja poco margen para la flexibilidad real en este instrumento, como tampoco parece que las medidas de agilización de las

(5) GIMENO FELIU, J.M, «El desafío de los fondos *Next Generation* como elemento de transformación de la gestión pública», en Monografía XX de esta REVISTA, 2021 .

subvenciones, pues sólo se contempla la exención de informes ministeriales o autorizaciones del Consejo de Ministros. Quizás la medida más agilizadora podría ser la incorporación de la convocatoria a las bases reguladoras, en un solo acto de convocatoria y bases que podría evitar tiempos intermedios. Otra medida de agilización extrema es la previsión de subvenciones de concurrencia no competitiva, por orden de presentación.

Las medidas de agilización de las subvenciones financiables con fondos europeos son sólo parcialmente aplicables a las administraciones autonómicas y locales, toda vez que no tienen carácter básico los apartados 2 y 3 del artículo 60, ni los mismos apartados del 61 (sólo se les aplica la posibilidad de acumular en un acto convocatoria y subvención), ni el apartado segundo del 62 (pero sí lo sería la posibilidad de otorgar subvenciones en procedimientos de concurrencia no competitiva), ni los artículos 63, 64 y 64, dedicados respectivamente a justificación de la aplicación de subvenciones, *tramitación anticipada de subvenciones y concesión de incentivos regionales*.

Los apartados 1, 2 y 3 del artículo 68 sobre régimen especial de consorcios no tiene carácter básico. Si lo tienen los apartados 4, y 5, que se limitan a remitir al régimen de la Ley 40/2015 y prever la posibilidad de contratar personal laboral adicional al funcionario o laboral procedente de las Administraciones participantes. Poco aporta una norma de estas características a la necesaria versatilidad para la colaboración.

La exclusión del carácter básico de las especialidades en evaluación ambiental tendrá que ser subsanada por normativas autonómicas, al no tener carácter básico.

Los instrumentos de colaboración público-privada para la ejecución del Plan de Recuperación, transformación y resiliencia sí son parcialmente aplicables a las administraciones autonómicas y locales, en particular el artículo 67 sobre agrupaciones para la presentación de solicitudes. Estas agrupaciones no requieren personalidad jurídica conjunta, pero sí un acuerdo que incluya al menos los compromisos de ejecución de actividades asumidos por cada miembro de la agrupación, el presupuesto correspondiente y el importe de cada acción, el representante u apoderado único de la agrupación, la organización interna, los acuerdos de responsabilidad, indemnización y confidencialidad, la propiedad de los resultados, la protección legal de los mismos y las normas de difusión.

Muy delicado es el contenido del apartado cuarto de este precepto, que enuncia la responsabilidad solidaria de los miembros de la agrupación, condicionante desincentivador de las alianzas en las solicitudes, aunque se comprenda su razón de ser de afianzar el cumplimiento y, en su caso, los deberes de reintegro, y las responsabilidades por infracciones. El nivel de confianza que requiere una responsabilidad solidaria de este alcance es muy exigente, más cuando participan varias instituciones tanto públicas como privadas.

También cabe destacar en este ámbito de la colaboración público-privada el artículo 69, dedicado a las sociedades de economía mixta, por su eventual aplicabilidad a las administraciones autonómicas y locales. Se regulan en este artículo las condiciones de la ejecución de contratos de concesión de obras o servicios vinculados a proyectos del Plan de Recuperación a sociedades de economía mixta, cumpliéndose las siguientes condiciones: elección del socio privado de conformidad con la normativa de contratos públicos; no introducción posterior de modificaciones de objeto no previstas en la licitación.

La Disposición final primera se refiere al Registro estatal de entidades interesadas en los Proyectos Estratégicos para la Recuperación y Transformación Económica, regulado como ya avanzamos mediante la Orden de 7 de marzo de 2022.

Otro ejemplo de norma que no se prevé para su aplicación a las comunidades autónomas y entidades locales es la Disposición adicional segunda, que ampara la retribución extraordinaria por consecución de objetivos o por asignación de funciones adicionales a tiempo parcial. Este sistema de incentivos es coherente con la lógica de consecución de resultados, que forma parte de las previsiones de principios en los reglamentos europeos y son incorporados al texto del Real Decreto-Ley. Cada entidad local tendrá que decidir si los incorpora a sus propios diseños organizativos para favorecer el cumplimiento de los objetivos.

Numerosas modificaciones en la Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de evaluación ambiental, incluye la Disposición adicional tercera. Su objeto es simplificar las tramitaciones. Se contemplan plazos de dos meses para la realización de consultas por parte del órgano ambiental, de nueve meses para la elaboración del estudio ambiental estratégico y la realización de la información pública y las consultas, de cuatro meses para el análisis técnico del expediente y la formulación de la declaración ambiental estratégica, de treinta días para la consulta a las personas interesadas..., en fin, se prevén plazos en línea con lo habitual en la Administración española, que pueden ser quizás más breves, pero no representan a nuestro modo de ver una agilización real de los procedimientos.

La Disposición final quinta modifica en varios aspectos la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público, para contemplar una excepción de contratación con medios propios para la prestación de servicios informáticos y tecnológicos de la Administración pública. El apartado dos de esta disposición final no tiene carácter básico.

Las disposiciones finales séptima y octava modifican procedimientos de concesión de la autorización ambiental integrada prevista en la Ley de prevención y control integrados de la contaminación y el reglamento de emisiones industriales que desarrolla la misma Ley. Se prevén los plazos, el sentido desestimatorio del silencio.

La Disposición final undécima modifica la Ley 13/2002, de 23 de mayo, reguladora del contrato de concesión de obra pública. Mantiene un informe preceptivo y vinculante de la Administración del Estado en la instrucción de los procedimientos de aprobación, modificación o revisión de planes territoriales y urbanísticos, y de las disposiciones generales y normas urbanísticas que puedan afectar al ejercicio de las competencias estatales. Caso de producirse alguna controversia entre los intereses estatales y los impulsados por estos procesos, se prevén intentos de alcanzar una solución negociada, pero si esta no fuera posible, el informe se considerará emitido con carácter favorable en el plazo de tres meses, salvo que afecte al dominio o servicios públicos de titularidad estatal. Si el informe no fuera solicitado, no obstante, no podrá aprobarse el plan territorial o urbanístico en aquello que afecte a las competencias estatales.

También se prevé el caso de que el informe no aporte elementos de juicio suficientes para poder decidir, en cuyo caso se puede requerir al órgano jerárquicamente superior del que emitió el informe para que en el plazo de días hábiles para que complete o emita el informe que proceda.

Una redacción tan farragosa como la que recoge este texto parece intentar evitar paralizaciones o entorpecimientos de planes territoriales o urbanísticos debidos al retraso o la falta de claridad de los informes de la Administración del Estado. El principio que parece animar esta reforma es la interrupción ni demora (agilidad) de los proyectos por esta circunstancia, que intenta despejarse por la vía de la continuación del proceso (se entiende emitido favorablemente el informe como regla general, salvo que afecte al dominio o los servicios públicos estatales) y obliga a despejar dudas en un plazo breve (diez días). Ahora bien, como fórmula para la simplificación plantea dificultades de lectura, de comprensión y de aplicación, pues en los casos concretos debería despejar.

En todo caso, si lo que se pretende es evitar interrupciones o trabas a proyectos autonómicos y/o estatales vinculados a la recuperación debidos al retraso o la falta de calidad de los informes emitidos por la Administración estatal, quizás convendría dictar una instrucción más pedagógica, apuntando precisamente ese propósito para que los destinatarios del mensaje supieran qué es lo que se pretende.

Un repaso completo al Real Decreto-Ley 36/2020 no es sencillo por la propia composición y contenido de la norma, asistemático, heterogéneo y singular, incluyendo preceptos que enuncian principios, otros que modifican normas anteriores o innovan el Ordenamiento con nuevas reglas que afectan en gran medida las decisiones de gestión de los proyectos para obtener los fondos. En definitiva, es una norma cuya lectura seguida puede agotar y desesperar incluso a los mejores conocedores de la Administración pública y el Derecho administrativo, aunque ya vamos acostumbrándonos por las leyes de presupuestos y las normativas Covid a la ruptura total del ideal codificador,

de las buenas prácticas de técnica normativa, a los llamamientos a la claridad del lenguaje administrativo o a la quizás ilusoria pretensión de que no sea necesario un esfuerzo extraordinario de comprensión para saber qué es aplicable a quién, en cada nivel decisorio.

Dos órdenes del Ministerio de Hacienda complican aún más la comprensión del Derecho español sobre los fondos de recuperación, sin incluir en este análisis las normas aprobadas por un número ya considerable de comunidades autónomas, que lo complican aún más. La primera Orden es la 1030/2021, de 29 de septiembre, por la que se configura el sistema de gestión del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, referencia que han de tener presentes todas las instituciones públicas y las entidades privadas que reciban estos recursos. Su propósito, tal y como expone se expone en la presentación de la norma, es adaptar la gestión de los fondos a los requerimientos de la Comisión europea sobre su seguimiento, para lo cual serán necesario intensificar la coordinación, la colaboración y la comunicación entre los distintos niveles administrativos (Estado, comunidades autónomas, entidades locales) y las empresas privadas que reciban fondos. Muy importante será adecuar «los flujos de información entre las Administraciones públicas implicadas».

La autoridad responsable ante las instituciones europeas es la Secretaría General de Fondos Europeas. Esta autoridad, y en general todas las administraciones participantes, debieran tener presentes los requerimientos del Derecho europeo en la gestión: igualdad efectiva entre hombres y mujeres, cohesión territorial, respeto al medio ambiente, digitalización, lucha contra el fraude y la corrupción.

Se hace mención a la exigencia del Reglamento 2021/241 de una aplicación electrónica que pueda servir para identificar los perceptores finales de fondos en una base de datos única, incluyendo a los contratistas y los subcontratistas.

La Orden configura un Sistema de Gestión para «definir, planificar, ejecutar, seguir y controlar los proyectos y subproyectos en los que se descomponen las medidas (reformas/inversiones) previstas en los componentes del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia» (artículo 1) y es aplicable tanto a las entidades del sector público como a cualesquiera otros agentes implicados en la ejecución del Plan. Toda vez que se aplica a todas las acciones del Plan y su complejidad, incluye un anexo con un Glosario de términos, al estilo de las directivas y reglamentos europeos.

Así, este glosario ofrece las definiciones de: componente, medidas, proyecto, subproyecto, actuación, actividad, tarea, línea de acción, programa, área de actuación, fase, hitos y objetivos (Hyo, CID, No críticos, Hitos y objetivos de gestión), indicadores, entidades decisora, entidad ejecutoria, órgano responsable, órgano gestor).

El artículo 2 enuncia los principios o criterios de gestión específicos del Plan: concepto de hito y objetivo, así como criterios para su seguimiento y acreditación de resultado; etiquetado; etiquetado verde y etiquetado digital; análisis de riesgo en relación con posibles impactos negativos significativos en el medioambiente; refuerzo de mecanismos para la prevención, detección y corrección del fraude, la corrupción y los conflictos de intereses, compatibilidad del régimen de ayudas de Estado, identificación del perceptor final de fondos, comunicación.

La Orden establece los estándares mínimos a cumplir en cada uno de los principios citados, referencias que se dice podrán ser objeto de ampliación por los órganos responsables y gestores, y de actualización por la Autoridad responsable. Este carácter dinámico de los estándares genera una cierta incertidumbre para el desarrollo de las acciones, actuaciones, subproyectos, proyectos, planes y programas en general, porque los hitos y objetivos no son unos y de una vez, sino movibles en cierto modo.

Los órganos responsables y gestores han de autoevaluar sus procedimientos, al menos una vez al año desde la vigencia del Plan. Todas las entidades decisoras y ejecutoras adoptarán las iniciativas necesarias para adecuarse a las recomendaciones de la Intervención General del Estado como Autoridad de Control. Toda la ejecución del Plan debe realizarse conforme al compromiso de resultado, una característica propia de estos proyectos a la que ya nos hemos referido al analizar el Real Decreto-Ley.

La trazabilidad también representará una novedad en el modo de gestión de estos proyectos, pues se exige a las entidades ejecutoras el registro en el sistema informático de la comprobación de que los proyectos que integran las medidas del Plan cumplen con los criterios establecidos en la evaluación inicial, o se han corregido las deficiencias detectadas. Cada cumplimiento de un hito u objetivo, crítico o no crítico, la entidad ejecutora registrará en el sistema de información su cumplimiento. Estos registros servirán para los informes de gestión.

Los conceptos de hitos y objetivos, junto a los criterios para su seguimiento y la acreditación de su resultado se incluyen en el artículo 3. Estas metas integran una metodología resultadista y práctica. El apartado segundo del artículo 3, además del glosario, diferencia hitos y objetivos CID, hitos y objetivos OA, hitos y objetivos de gestión, hitos y objetivos críticos e hitos y objetivos no críticos.

La lectura del apartado tercero del artículo 3 de la Orden ministerial es un auténtico galimatías, uno de los ejemplos más logrados de prosa administrativa inaccesible, toda ella para decir que deben fijarse metas en niveles diferenciados de objetivos y comprobar su cumplimiento mediante el registro en el sistema informático.

Probablemente las consultoras especializadas harán un gran negocio ayudando a comprender y ejecutar este seguimiento estructurado e informatizado de los proyectos, costando más cumplir la orden que realizar la tarea en sí.

El etiquetado verde y el etiquetado digital son objeto de regulación en el artículo 4. Etiquetado es el reconocimiento del peso relativo de los recursos previstos para la transición ecológica y digital. Es imperativo alcanzar unos estándares en estos compromisos, estándares que serán comprobados por la autoridad responsable, que de no lograrse promoverá mecanismos de coordinación para la adopción de medidas correctoras por los órganos responsables.

También debe realizarse un análisis de riesgo en relación con posibles impactos negativos significativos en el medio ambiente, para lo cual son prioritarias las inversiones en mitigación del cambio climático, la adaptación al cambio climático, el uso sostenible y la protección de los recursos hídricos y marinos, transición hacia una economía circular, prevención y control de la contaminación, protección y recuperación de la biodiversidad y los ecosistemas.

Otra exigencia del Derecho europeo reflejada en esta orden en las relativa al refuerzo de los mecanismos para la prevención, detección y corrección del fraude, la corrupción y los conflictos de intereses. De particular interés son las actuaciones obligatorias para los órganos gestores: la evaluación de riesgo de fraude, la cumplimentación de la Declaración de Ausencia de Conflicto de Intereses y la disponibilidad de un procedimiento para abordar conflictos de interés. Un Plan de medidas antifraude debe ser aprobado en todas las entidades receptoras para realizar el «ciclo antifraude» (prevención, detección, corrección y persecución). El sistema de control que prevé la Orden, requerido por el Derecho europeo, persigue una anulación total de las posibilidades de fraude o desviación de fondos.

La compatibilidad con el régimen de las ayudas de Estado y la prevención de la doble financiación es otra de las limitaciones del Derecho europeo incorporadas a la Orden, según establece el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y su normativa de desarrollo. La Orden establece la exigencia de una autoevaluación de que no se incurre en la doble financiación.

Otra exigencia es la identificación del receptor final de fondos, los beneficiarios de las ayudas, contratistas y subcontratistas. Esta exigencia refuerza la de los dos artículos interiores, en línea con la trazabilidad requerida en un sistema estricto de prevención de irregularidades y realización de objetivos. Para ello se requerirán datos de los beneficiarios, que además deben aceptar la posible cesión de datos entre autoridades y administraciones públicas para poder cumplir con el seguimiento. También han de aceptar los contratistas su inscripción en el censo de empresarios, profesionales y retenedores de la AEAT.

Las actuaciones de comunicación deben incluir por supuesto el logo del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia del Gobierno de España.

Todas las actuaciones deben ir acompañadas de la correspondiente visibilidad de la contribución del Plan europeo y en cada entidad responsable y gestora debe designarse un responsable de comunicación para asegurar el cumplimiento de los requerimientos establecidos.

Las modificaciones y el seguimiento de los principios aplicables se detallan en el artículo 10 de esta orden, que habla de «modificación en la formulación de los componentes» y regula el procedimiento al efecto. También se contemplan en este precepto el seguimiento de los principios transversales y el seguimiento del cumplimiento de hitos y objetivos.

El sistema de información de gestión y seguimiento se debe realizar por la Autoridad Responsable del Plan, en colaboración con la Oficina de Informática Presupuestaria. Las fuentes de información son los órganos responsables y los órganos gestores. La Oficina de informática mantendrá un registro de acceso y explotación de datos para la completa monitorización del proceso. También se ocupará de la estructura de datos, la seguridad y la interoperabilidad.

El Informe de Gestión es el documento que debe servir para demostrar el cumplimiento del resultado de cada componente en términos de hitos, objetivos e indicadores, así como el volumen de recursos empleados en su consecución. La Declaración de Gestión acompañará a cada solicitud de pago, a la vista de los informes de la autoridad de control y la declaración de cumplimiento.

Estos documentos son regulados con más detalle en una segunda Orden publicada también en el Boletín Oficial del Estado de 30 de septiembre, orden por la que se establece el procedimiento y formato de la información a proporcionar por las entidades del sector público estatal, autonómico y local para el seguimiento del cumplimiento de hitos y objetivos y de ejecución presupuestaria y contable de las medidas de los componentes del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia. Esta orden repite las definiciones de la anterior, de modo redundante, regula el seguimiento de proyectos, subproyectos y líneas de acción, el contenido de la información de ejecución contable, las fechas de referencia para el envío de la información de ejecución contable, la información de seguimiento de hitos y objetivos y la información presupuestaria y contractual.

Todo esto habrá de realizarse por medios electrónicos, por supuesto, porque la acumulación masiva de datos permitirá trazar y controlar la gestión de los fondos, tal y como requieren las instituciones europeas.

Después de la aprobación de las normas comentadas, se publica en el BOE de 10 de marzo de 2022 es la Orden 168/2022, de 7 de marzo, por la que se regula el funcionamiento y estructura del Registro Estatal de las entidades interesadas en los Proyectos Estratégicos para la Recuperación y Transformación Económica.

El Real Decreto-ley 6/2022, de 29 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en el marco del Plan Nacional de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la guerra en Ucrania incluye una Disposición final trigésima primera modificadora del Real Decreto-ley 36/2020, de 30 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la modernización de la Administración Pública y para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia. Se introduce una nueva disposición adicional séptima, con la siguiente redacción: «Gestión de los créditos presupuestarios de las entidades locales, destinados a proyectos financiados con fondos europeos en el marco del Mecanismo de Recuperación y Resiliencia.

Sin perjuicio de lo previsto en el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, aprobado mediante el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, serán de aplicación, con carácter excepcional, las siguientes reglas en la ejecución de los presupuestos de las entidades locales en relación con proyectos financiados con fondos europeos en el marco del Mecanismo de Recuperación y Resiliencia:

1. Los acuerdos de los órganos competentes de las corporaciones locales de aprobación de transferencias de créditos, así como los acuerdos del Pleno de la corporación local de aprobación de créditos extraordinarios y suplementos de crédito, que tengan por objeto aquellos proyectos, serán inmediatamente ejecutivos, sin perjuicio de las reclamaciones que contra ellos se promovieran, las cuales deberán sustanciarse dentro de los ocho días siguientes a la presentación, entendiéndose desestimadas de no notificarse su resolución al recurrente dentro de dicho plazo.

2. Cuando se adquieran compromisos de gastos que hayan de extenderse a ejercicios posteriores a aquel en que se autoricen para la cobertura de aquellos proyectos, el número de ejercicios a los que pueden aplicarse los gastos no será superior a cinco y el gasto que se impute a cada uno de los ejercicios posteriores no podrá exceder de la cantidad que resulte de aplicar al crédito presupuestario a que corresponda la operación los siguientes porcentajes: en el ejercicio inmediato siguiente y en el segundo, el 100 por ciento, en el tercer ejercicio, el 70 por ciento y en los ejercicios cuarto y quinto, el 60 por ciento y 50 por ciento. En estos casos, no será de aplicación el apartado 5 del artículo 174 del texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, aprobado mediante el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo».

III. PANORÁMICA DE LAS NORMAS AUTONÓMICAS SOBRE LOS FONDOS

El reducido carácter básico del Real Decreto-Ley 36/2020 explica que varias comunidades autónomas opten por dictar disposiciones (decretos-leyes)

con el fin de preparar el marco institucional y normativo de la reactivación económica. Veremos algunas muestras a continuación.

El Gobierno de Aragón fue uno de los más proactivos en el impulso de medidas tendentes a la recuperación económica, aprobando el junio del año 2020 un Decreto-ley sobre la Estrategia Aragonesa para la Recuperación Social y Económica (4/2020, de 24 de junio, por el que se adoptan medidas urgentes y extraordinarias).

Muchos de los contenidos de este Decreto-Ley no están vinculados directamente con la gestión de los fondos europeos, pero otros sí y en todo caso las cuestiones reguladas son en gran medida coincidentes con las tratadas por el Real Decreto-Ley 36/2020: «...gestión presupuestaria, de simplificación y agilización de expedientes de gasto; medidas en materia de personal; sobre contratación del sector público; en materia de subvenciones públicas; en materia de procedimiento administrativo; sobre economía e industria; en materia de empleo; en materia de investigación, desarrollo e innovación científica; en materia de enseñanza universitaria; en materia de cadena alimentaria; y en materia de transportes» (las últimas no coinciden con el real decreto ley ni presentan particular relación con los fondos).

El objeto del Decreto-Ley no es realmente la gestión de los fondos, pero al disponer «...la adopción de medidas urgentes y extraordinarias para el impulso de la Estrategia Aragonesa para la Recuperación Social y Económica» (artículo 1), en realidad es coincidente con el propósito del Instrumento Europeo de Recuperación. Las medidas presupuestarias están orientadas a facilitar el gasto público, mediante créditos ampliables, transferencias mensuales a organismos públicos, endeudamiento a corto plazo, facilidades para las modificaciones presupuestarias o la habilitación para la adopción de medidas extraordinarias.

La simplificación y agilización de la gestión de los expedientes de gasto persigue la misma finalidad, al dispensar la autorización del Gobierno de Aragón para su tramitación. El pago con firma electrónica por parte de las personas titulares de la Tesorería de la Administración de la Comunidad Autónoma se habilita, al tiempo que se prevé la Función Interventora sobre estas propuestas.

Las medidas en materia de personal incluyen la creación de unidades transitorias de apoyo a la gestión, con el límite de que no podrán suponer un incremento de gasto de personal, así que se prevé recurrir a la atribución temporal de funciones forzosa, regulado en el artículo 11 del Decreto-Ley. Esta herramienta puede afectar de manera muy intensa al estatuto del personal afectado, pues se llega a contemplar el traslado forzoso de localidad y se amenaza con sanciones disciplinarias a quien incumpla las funciones, tareas o responsabilidades asignadas, todo ello sin incentivos retributivos necesarios.

También en la contratación pública se prevén medidas extraordinarias, así la tramitación de urgencia en todos aquellos expedientes de contratación conec-

tados con medidas de la Estrategia Aragonesa para la Recuperación Social y Económica. Las subvenciones pueden asimismo acelerarse mediante procedimientos de adjudicación directa, estando exentas del trámite de fiscalización previa, modificarse sus bases reguladoras y tramitarse en expediente único.

Al igual que en el Real Decreto-Ley estatal, la simplificación de los procedimientos administrativos alcanza al de elaboración de disposiciones de carácter general (pudiendo prescindir del trámite de consulta pública previa) y a la declaración de urgencia en los procedimientos administrativos.

La Junta de Andalucía aprobó el Decreto-ley 3/2021, de 16 de febrero, por el que se adoptan medidas de agilización administrativa y racionalización de recursos para el impulso de la recuperación y resiliencia en la Comunidad Autónoma. Esta disposición sí hace referencia a los fondos del instrumento de recuperación europea desde su Preámbulo, a diferencia de la aragonesa citada anteriormente. Así, se resalta la oportunidad que representan los fondos para la economía andaluza: «...avanzar en las transformaciones puestas en marcha para modernizar nuestro tejido productivo, facilitando simultáneamente las transformaciones ecológica y digital...». Los fondos, dice, «están destinados prioritariamente a desarrollar las infraestructuras sociales y económicas y a fortalecer el capital humano en un futuro que será verde y digital».

El Gobierno andaluz demuestra su correcta comprensión del desafío, y lo hace en un momento temprano en comparación con otras comunidades autónomas, aunque después descuide la adaptación a los principios y exigencias concretas de los reglamentos europeos como veremos. Ahora bien, su descripción de la necesidad de adaptar la estructura administrativa es muy correcta:

«La gestión y ejecución de los proyectos ligados a los fondos europeos, dotados de un volumen trascendente de recursos, implican un enorme reto, que supondrá un incremento más que notable de la carga de trabajo de la mayoría de las unidades administrativas durante los próximos años, no solo en las que directamente asuman su gestión, sino también en todas aquellas actividades de la Junta de Andalucía relacionadas con aquellos proyectos, que tendrán que afrontar este desafío con recursos limitados. Para ello, se impone la adopción de soluciones flexibles en materia de medios y organización para la gestión de los fondos europeos, dotando a la Junta de Andalucía de los medios suficientes para lograr la mejor ejecución de los citados fondos.

Para ello es necesario determinar una estructura de coordinación que supervise el proceso con capacidad de establecer alertas tempranas ante posibles eventualidades en el marco de los procedimientos de gestión presupuestaria y de gasto público, sin renunciar a herramientas de control eficientes. El análisis de las necesidades en el ámbito de los recursos humanos como la dotación de personal, la reorganización de efectivos, o la formación en áreas

específicas de gestión, el rastreo, identificación y resolución de ineficiencias en los procedimientos administrativos, la mejora de la coordinación entre los diferentes órganos directivos actuantes en estos y el seguimiento presupuestario permanente son aspectos de singular importancia para la buena ejecución de estos recursos».

El énfasis en el control y la correcta ejecución de las potestades públicas es loable y se alinea con el reglamento de condicionalidad y un concepto de Estado de Derecho que hemos comprobado esencial para el marco europeo de gestión de los fondos. La agilización de los procedimientos (presupuestarios, de contratación, subvencionales, etc) se presenta siempre en necesaria concordancia con las garantías, tal vez por la experiencia negativa previa en la Administración autonómica andaluza.

A diferencia del Decreto-Ley de Aragón, se incluyen posibles incentivos y refuerzos de personal para la consecución de los objetivos vinculados a los proyectos financiados con los fondos, incluyendo la posibilidad de retribución extraordinaria por consecución de objetivos mediante productividad y gratificaciones en función de la contribución individual al cumplimiento de resultados, una medida a mi juicio plenamente coherente con la filosofía de las normas europeas, tan condicionantes por hitos y objetivos.

Otro ejemplo del equilibrio que pretende alcanzar el Gobierno andaluz entre agilidad y control se proyecta sobre las reformas en el régimen de las licitaciones propias (eliminación de informes, creación de nuevos órganos más especializados, reducciones de plazo y regulación de las responsabilidades de ejecución del contrato).

En materia de subvenciones, al igual que en Aragón, se eliminan las exigencias de autorizaciones del gobierno regional y se simplifica la documentación que han de presentar las entidades beneficiarias, una descarga burocrática relevante. También se flexibiliza la justificación al permitir realizar compensaciones entre conceptos presupuestarios. También se simplifica la tramitación de convenios.

Una de las medidas que más reserva puede plantear, aun coincidiendo con los contenidos del Real Decreto-Ley estatal, es la que permite excluir proyectos concretos de la evaluación de impacto ambiental. Será difícil acreditar en estas condiciones el cumplimiento del principio de no causar un daño significativo.

La Generalitat de Cataluña aprobó el Decreto-Ley 5/2021, de 2 de febrero, por el que se aprueban medidas urgentes para la implementación y gestión de los fondos procedentes del Mecanismo de Recuperación y Resiliencia y del fondo REACT-EY para la Administración de la Generalidad de Cataluña y su sector público. Desde la Exposición de motivos se prevé la colaboración de las entidades locales y otros actores públicos y privados concernidos por la gestión de los fondos.

Esta norma establece como principios de tramitación en los procedimientos relativos a la gestión de los fondos la prioridad, preferencia y celeridad en su tramitación. Ya es un lugar común en todas las regulaciones el establecer tal condición prioritaria, difícil de realizar en la práctica si todo es urgente en un momento extraordinaria.

La regulación de las especialidades en materia de gestión presupuestaria y económica ocupan el Título segundo, que establece la necesidad de identificación y seguimiento de los créditos presupuestarios, la afectación de los créditos y su nivel de vinculación, las competencias específicas, los compromisos de gasto en ejercicios futuros y las incorporaciones de remanentes de créditos y tesorería. Muy importante es la referencia del artículo 10, que se refiere al Sistema de Seguimiento, estableciendo una previsión que debería incluirse en todas las normas sobre los fondos: «La Administración de la Generalidad y las entidades de su sector público, así como las universidades públicas y las entidades que dependen de ella que reciban fondos procedentes del Mecanismo para la Recuperación y Resiliencia y de los fondos REACT-EU deben enviar periódicamente información sobre el seguimiento y ejecución de los gastos y el grado de adelanto de los proyectos e iniciativas...».

El Título tercer regula las especialidades en materia de subvenciones para el sector público de la Generalidad de Cataluña. Se prevén medidas de flexibilización (publicación simultánea de bases y convocatoria, por ejemplo), utilización de declaraciones responsables como alternativa a la presentación de documentación, etc.

El Título cuarto regula las especialidades en contratación pública, enfatizando la necesaria incorporación de criterios sociales y medioambientales, de digitalización y de innovación y de responsabilidad social corporativa, siempre que guarden relación con el objeto del contrato, y facilitar a las Pymes, las empresas de economía social y las emergentes. También se prevén las consultas preliminares de mercado y la aprobación de modelos de pliegos.

Para el seguimiento de la contratación derivada de la gestión de los fondos, el artículo 18 del Decreto-Ley crea una comisión mixta en la que se incluirían las entidades representativas de las entidades locales. El artículo 20 también prevé crear un grupo de trabajo para el asesoramiento y supervisión, en el que han de incluirse igualmente las asociaciones representativas de las entidades locales.

La figura del responsable del contrato está prevista en el artículo 19, con una particular mención a la posibilidad de que los órganos supramunicipales y el departamento competente en materia de administración asistan a los municipios que lo requieran en las funciones de responsables del contrato.

Las especialidades en materia de cooperación interadministrativa y de colaboración y participación público-privada se regulan en el Título 5, que

anima a la suscripción de convenios de colaboración regulados por la normativa básica y la catalana; también se prevén los consorcios de cooperación y otros medios de colaboración con el sector privado.

El control de actuaciones es regulado en el artículo 6, atribuyendo estas funciones a la Intervención General de la Generalidad de Cataluña. Este título resulta muy escueto teniendo en cuenta las múltiples exigencias de control del Derecho europeo y estatal.

Las medidas en materia de gestión de personal son más detalladas: programas temporales, cobertura de necesidades de personal, atribución temporal de funciones, retribuciones variables por resultados vinculados a la gestión o dirección de programas.

La disposición adicional tercera de este Decreto-Ley se refiere a las obligaciones en relación a las entidades locales, que deberán remitir información periódica a la Generalidad de Cataluña sobre los gastos imputados a los diferentes proyectos o iniciativas financiadas con estos fondos, en las condiciones que establezca el departamento competente. Varios preceptos afectan al régimen local en diversos aspectos. Así, en contratación, el artículo 16, sobre modelos de pliegos, establece que las entidades locales pueden promover modelos de pliegos con los criterios establecidos en este artículo a los efectos de facilitar, agilizar y simplificar la tramitación de los expedientes de contratación pública.

La Comunidad Autónoma de las Islas Baleares aprobó la Ley 4/2021, de 17 de diciembre, de medidas extraordinarias y urgentes para ejecutar las actuaciones y los proyectos que deben financiarse con fondos europeos en el marco del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia.

Su ámbito de aplicación se circunscribe a las actuaciones de la Administración de la comunidad autónoma de las Islas Baleares, y sus entidades instrumentales sin referencia expresa por tanto a las entidades locales, aunque la disposición adicional tercera subsana esta omisión.

Los principios de tramitación de las actuaciones de gestión de los fondos deben venir inspiradas por los principios de prioridad, preferencia y celeridad, en línea con otras disposiciones autonómicas comentadas anteriormente.

Se toma la decisión orgánica de localizar la planificación, el seguimiento estratégico y la evaluación de los fondos en la Dirección de la Oficina de Planificación y Coordinación de Inversiones Estratégicas. Allí se contempla la ubicación de personal funcionario directivo o directivos profesionales (artículo 4).

Se prevé la aprobación de un Plan Estratégico Autonómico, de acuerdo con los objetivos generales del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia nacional y con objetivos específicos fijados por la Oficina balear de Planificación y Coordinación de inversiones estratégicas. Para consensuar el

contenido de este plan se creará una comisión integrada por el Consejero de Fondos europeos, Universidad y cultura, más cuatro representantes del Gobierno regional, el director de la Oficina de Planificación, un representante de cada consejo insular y un representante de la federación balear de entidades locales.

Hay una referencia en el apartado segundo del artículo 5 a proyectos tanto de iniciativa pública como público-privada. En el caso de planes con incidencia sobre el territorio de una isla, deben ser aprobados en una comisión mixta bilateral integrada por representantes del gobierno balear y el consejo insular.

Las especialidades en la tramitación de procedimientos se regulan en el Capítulo III, comenzando por la agilización de la elaboración de proyectos normativos (artículo 6), la tramitación de urgencia y el despacho prioritario de los procedimientos que comporten expedientes de gasto (artículo 7) y la tramitación de convenios. El Capítulo IV añade especialidades en materia de gestión presupuestaria (generación de créditos, afectación, restitución e incorporaciones de créditos, gastos plurianuales y la generación de créditos por ingresos de los programas FEDER y FSE).

El régimen de las subvenciones incluye también referencias similares a las de otras normas autonómicas, destacando la posibilidad de sumar bases y convocatorias, al igual que se establecía en el Real Decreto-Ley 36/2020. Otros trámites se simplifican o eliminan, incluyendo la justificación de las subvenciones (por ejemplo, no es necesario presentar facturas por debajo de los tres mil euros).

La contratación pública también incluye las medidas que se están generalizando: la aprobación de modelos de pliegos de contratación; las normas especiales en la tramitación del procedimiento de adjudicación (la posibilidad de incorporar grupos de expertos para valorar las ofertas). También se refuerza la figura del responsable del contrato, que puede contar con una unidad de apoyo encargada del seguimiento de ejecución, o contratar asistencia externa para ello. Estas medidas son relativamente innovadoras en nuestra experiencia de gestión contractual.

Las medidas específicas en materia de personal incluyen la figura de los «proyectos temporales», que ofrecen una solución para asignar recursos para gestionar los fondos. A continuación, se contempla la posibilidad de contratar funcionarios interinos, aunque se afirme que la regla general es la atención a las necesidades con el personal preexistente. El reconocimiento de que no será suficiente permite contemplar contrataciones adicionales, así como retribuciones variables por objetivos vinculadas a la gestión de los fondos, o la designación de directores/as de proyectos para la gestión de los fondos.

El Principado de Asturias ha aprobado la Ley 4/2021, de 1 de diciembre, de Medidas Administrativas Urgentes. Su preámbulo expone el propósito de

adaptar procedimientos para la gestión de los recursos del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia.

Una originalidad de la norma asturiana, modélica y reproducible por otras comunidades y entidades locales, que podrían aprovecharla, es su regulación de las medidas de evaluación ambiental, con una regulación original que incluye la valoración de los «efectos adversos sobre el medio ambiente» (es la única norma autonómica analizada que ha incorporado esta previsión, que previene el cumplimiento del principio de no causar daño significativo).

Otra originalidad de la normativa asturiana es la promoción de la declaración responsable y la comunicación. Esta técnica puede agilizar y favorecer los controles y las intervenciones, en un momento en que estas serán masivas. Estas técnicas se proyectan después sobre normativas sectoriales tocadas en su regulación por la Ley, especialmente en el ámbito urbanístico.

La Comunidad Foral de Navarra ha aprobado el Decreto-Ley 4/2021, de 14 de abril, por el que se aprueban medidas urgentes para la gestión y ejecución de las actuaciones financiadas con fondos europeos provenientes del Instrumento Europeo de Recuperación.

Se reitera la tónica declaración de urgencia y prioridad de la tramitación de procedimientos, las facilidades para los convenios y la función interventora.

Las medidas en materia de gestión presupuestaria destinadas a la ejecución (modificaciones, incorporación de remanentes de crédito, tramitación anticipada de expedientes de gasto, flexibilización del calendario de cierre de ejercicio y régimen de control previo).

Los requisitos de tramitación de subvenciones también se simplifican eliminando la exigencia de la autorización del gobierno, la unificación de bases y convocatorias y la justificación. La tramitación de urgencia también se prevé para la contratación, cuyas especialidades incluyen la ampliación de vigencia de los contratos, los encargos a entes instrumentales.

Castilla y León también ha incorporado modificaciones a su Ordenamiento jurídico autonómico para agilizar y facilitar la gestión de los fondos, a través de la Ley 1/2021, de 22 de febrero, de medidas tributarias, financieras y administrativas. Para ello se modifican la Ley 3/2001, de 3 de julio, del Gobierno y la Administración de la Comunidad y otras disposiciones. Las especialidades en la tramitación de los procedimientos consisten en la tónica declaración de urgencia, las facilidades para los convenios y también, el régimen de control (función interventora). Esta norma se asemeja sin embargo más a una Ley de acompañamiento de los presupuestos que a una medida orientada a facilitar principalmente la gestión de los fondos de recuperación y resiliencia.

Galicia ha aprobado la Ley 9/2021, de 25 de febrero, de simplificación administrativa y de apoyo a la reactivación económica, otra norma al estilo

de la de Castilla y León, más pensada como ley de acompañamiento que específicamente orientada a los fondos del plan de recuperación.

El primer capítulo se dedica a la simplificación administrativa, en la línea de hacer simultáneos trámites (posibilidad de acumular, conforme al principio de celeridad), así por ejemplo los informes ambientales. Evitar la duplicación de plazos y ganar tiempo es el objetivo.

La racionalización de los procedimientos de evaluación ambiental es el objeto del capítulo II. La reducción de trámites pretende realizarse «dentro del respeto a la premisa fundamental de velar por la necesaria protección ambiental». Otros procedimientos de concesión de autorizaciones también se simplifican en el Capítulo III. También se incluyen medidas en el ámbito urbanístico, así como medidas financieras.

El capítulo más específico sobre los fondos es el Título V, dedicado a los instrumentos de gobernanza y las especialidades en la gestión de los fondos de recuperación. Se definen los proyectos tractores para la economía gallega, se crea la comisión de planificación e impulso de proyectos, el comité técnico de los fondos de recuperación y los grupos técnicos sectoriales. Se garantiza la participación de la sociedad y las entidades locales, una buena previsión en línea con las recomendaciones europeas.

Otras medidas son las relativas al control de la ejecución, la agilización del procedimiento de elaboración de normas, la tramitación de urgencia, la tramitación anticipada de gastos con cargo a fondos, la utilización de medios propios, los convenios para la ejecución de proyectos, los requisitos para la tramitación de subvenciones (una vez más, unificación de bases y convocatoria), las agrupaciones de personas físicas o jurídicas beneficiarias, especialidades de personal, la creación de unidades de carácter provisional o la asignación de funciones a tiempo parcial.

Tras este repaso panorámico a un buen número de muestras del Derecho autonómico comparado sobre la gestión de los fondos, podemos pronunciarnos sobre algunos de los elementos comunes a todas ellas, habiendo destacado singularidades acertadas (en la normativa de Asturias, de Andalucía o de Cataluña, por ejemplo).

La simplificación de los procedimientos administrativos es un lugar común (tramitación de urgencia, carácter prioritario, reducción de los plazos). Todo esto ya se intentó en el momento de la transposición de la Directiva de Servicios, hace más de una década, sin grandes logros. El escaso énfasis en los aspectos de digitalización permite anticipar el fracaso de muchos de estos intentos.

Para una efectiva gestión de los fondos europeos se harán necesarios incentivos en materia de personal. Opciones drásticas forzosas como la de Aragón no parecen las más adecuadas ni inteligentes, sentando además el

precedente de que en condiciones de necesidad de reactivación económica se puede forzar a los funcionarios a cambiar de localidad incluso. Esta opción podría incrementar las tensiones relacionadas con la gestión de los fondos y generar controversias sobre el cumplimiento de las reglas del Estado de Derecho.

Los reglamentos europeos analizados no contemplan la agilidad como una exigencia; si enfatizan el control y el cumplimiento del Estado de Derecho, junto a la prevención del conflicto de intereses. Por eso sorprende que estos aspectos no sean subrayados en las normas autonómicas estudiadas. Tampoco las prevenciones sobre el principio de no causar un daño significativo.

Una de las medidas recurrentes en las normas autonómicas analizada que pueden suscitar preocupación es la eliminación de la exigencia de evaluación de impacto ambiental en determinados proyectos. Esta supresión de un trámite pudiera afectar al cumplimiento del principio de no causar un daño significativo, en un modo que sería incompatible con los requerimientos del Derecho europeo.

La eliminación de las consultas públicas en procedimientos administrativos de elaboración de disposiciones de carácter general es otro ejemplo de simplificación paradójica, porque el espíritu de las normas europeas es favorable a la transparencia y la participación, menoscabando ambos principios la eliminación de estas oportunidades de conocer y comentar las propuestas reglamentarias de las autoridades en el nivel autonómico. En fin, es otro ejemplo de la disonancia entre lo que parece solicitar Europa (una gestión respetando todos los principios) y lo que quieren o necesitan hacer las autoridades españolas (gastar rápido).

IV. DISONANCIAS ENTRE EL DERECHO EUROPEO, EL DERECHO ESTATAL Y EL DERECHO AUTONÓMICO

La exposición del Derecho europeo y estatal español sobre los fondos de recuperación y resiliencia ofrece una imagen de complejidad y riesgo de incumplimiento sobresaliente. El repaso de las principales disposiciones del Derecho europeo nos permite extraer conclusiones aplicables a la presentación y gestión de los proyectos:

Hemos concluido que los proyectos deben orientarse a los objetivos del instrumento. Los resultados son muy importantes y debe hacerse un seguimiento continuado de su consecución. No deben plantearse como vías de financiación de gastos ordinarios y deben respetar el principio de adicionalidad. Deben servir para alcanzar los objetivos marcados (creación de empleo, igualdad de género, cohesión, economía neutra para el cambio climático, etc). No pueden ocasionar un perjuicio significativo sobre el objetivo de minimizar el cambio

climático. Los Estados deben respetar el Estado de Derecho en su ejecución y garantizar sus instituciones de legalidad y control. La garantía de que todo esto se hace bien es que la Comisión europea puede suspender o revertir la entrega de los fondos del instrumento.

La obsesiva mención de hitos y objetivos, unida a las exigencias de trazabilidad y monitorización en tiempo real de estos hitos, hace pensar en supuestos múltiples de controversia sobre la buena gestión. La garantía del Estado de Derecho del mecanismo de condicionalidad, además, comporta exigencias muy estrictas sobre la revisabilidad de las decisiones, el principio de objetividad y la prevención de la arbitrariedad.

Los planes antifraude de las entidades públicas (y eventualmente también privadas) han de ser aprobados antes de finales de marzo del año 2022, lo que algunas administraciones están logrando de forma apresurada. Estos planes incluyen exigencias novedosas en algunos casos, como el establecimiento de canales de denuncia (6).

Otra exigencia europea poco atendida desde mi punto de vista en las normas nacionales es el principio de prohibición de no causar un daño significativo. Al contrario, la mayoría de las normas autonómicas (salvo la Ley de Asturias) y el propio Real Decreto-Ley 36/2020 contienen modificaciones de los procedimientos de evaluación de impacto y licencias ambientales en línea simplificadora, lo cual puede ser correcto, pero debiera en todo caso garantizar el mínimo impacto negativo de los proyectos en el objetivo de lucha contra el cambio climático.

Además, se ha de atender a los objetivos prioritarios: igualdad de género, digitalización, promoción de la juventud, inclusión social. ¿Se están teniendo verdaderamente en serio todas estas prioridades de políticas públicas?

V. CONCLUSIÓN: LOS RIESGOS DE INCUMPLIR POR UNA DEFICIENTE IMPLEMENTACIÓN EN CASCADA

El riesgo de incumplimiento es muy alto y preocupante a la vista de la disonancia entre los contenidos del Derecho europeo, el estatal y el autonómico. Una mayor comunicación y coordinación entre estos niveles hubiera facilitado también la comprensión integral de un Ordenamiento complejo por parte de sus destinatarios, los operadores públicos y privados llamados a redactar y ejecutar los proyectos. Si la formación falla, las confusiones interpretativas y aplicativas se pueden multiplicar.

(6) GARCÍA MUÑOZ, J. *Conflictos de interés y autoevaluación de riesgo de fraude en fondos europeos*. ACCID, (2022).

Una experiencia anterior hace diez años nos mostró los inconvenientes de implementar políticas europeas «en cascada» (con decisiones en los sucesivos niveles). La transposición de la Directiva de Servicios no produjo los efectos deseados en ese momento, cuando ya se aprobaron muchas leyes de contenidos similares a los que hemos visto en las disposiciones autonómicas actuales. Al bucle imperfecto de la agilización y la simplificación administrativa, tan recurrente, se une ahora el algo grado de desconocimiento de los principios básicos de gestión de los fondos de recuperación.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- BERNAL BLAY, M.A./NAVARRO MOLINES, G. (Eds.): *Fondos europeos para la recuperación, transformación y resiliencia: ejecución y auditoría*, Monografía XX de esta REVISTA, 2021.
- DERMINE, Paul: «The EU's Response to the COVID-19 Crisis and the Trajectory of Fiscal Integration in Europe: Between Continuity and Rupture», *Legal Issues of Economic Integration*, 47 (2020).
- GARCÍA MUÑOZ, Julio: *Conflictos de interés y autoevaluación de riesgo de fraude en fondos europeos*, ACCID, 2022.
- GIMENO FELLIU, José María: «El desafío de los fondos *Next Generation* como elemento de transformación de la gestión pública», en Monografía XX de esta REVISTA, 2021.
- RASTROLLO SUÁREZ, J.J./GARCÍA JIMÉNEZ, A. (Dirs.): *Guía para la planificación, gestión y ejecución de los fondos del plan para la recuperación, transformación y resiliencia*, Aranzadi, 2021.
- URBANEJA CILLÁN, Jorge: «El régimen general de condicionalidad para la protección del presupuesto de la Unión Europea: ¿un mecanismo efectivo de garantía del Estado de Derecho en los Estados miembros de la Unión Europea?», *Revista Española de Derecho europeo*, núm. 78-79, 2021.
- WITTE, Bruno de: «The European Union's Covid-19 Recovery Plan: The Legal Engineering of an Economic Policy Shift», *Common Market Law Review*, 2021.

EL ACCESO DE LAS VÍCTIMAS A LA JUSTICIA RESTAURATIVA EN LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ARAGÓN

MARÍA JOSÉ BERNUZ BENEITEZ Y ANDRÉS GARCÍA INDA
Laboratorio de Sociología Jurídica, Universidad de Zaragoza

SUMARIO: I. EL ACCESO AL DERECHO Y A LOS DERECHOS.– II. UN BREVE APUNTE SOBRE EL CONCEPTO DE VÍCTIMA.– III. LA INSTITUCIONALIZACIÓN DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA Y LOS DERECHOS DE LA VÍCTIMA: 1. De la Directiva 2012/29/UE a la Recomendación CM/Rec (2018) pasando por la Ley del Estatuto de la Víctima. 2. El desarrollo del EV: las Oficinas de Atención a las Víctimas del Delito.– IV. CUANTIFICANDO EL ACCESO A LA JUSTICIA RESTAURATIVA.– V. EL ACCESO A LA JUSTICIA RESTAURATIVA Y LA MEDIACIÓN PENAL: LA TAREA DE SÍSIFO.– VI. REFERENCIAS.

RESUMEN: En las últimas décadas, las políticas de justicia vienen insistiendo en la necesidad de promover una mejor atención, una mayor participación y una intervención más restaurativa hacia las víctimas de los delitos. Todas esas pretensiones deberían implicar, entre otros aspectos, la información y acceso a servicios de justicia restaurativa (principalmente mediación penal). Aunque los debates sobre justicia restaurativa destacan que puede ser una buena opción para complementar las carencias de la justicia penal ordinaria en la satisfacción de las necesidades de las víctimas, lo cierto es que no son pocas las condiciones que dificultan a las víctimas ese acceso a la mediación penal. En este estudio se hace una aproximación tanto cualitativa como cuantitativa a las mismas, tomando como referencia el caso de la Comunidad Autónoma de Aragón.

Palabras clave: justicia restaurativa; mediación penal; víctimas; Aragón; acceso a los derechos.

Victims' access to restorative justice in the autonomous region of Aragon

ABSTRACT: *In recent decades, justice policies have been insisting on the need to promote better care, greater participation and more restorative intervention towards victims of crime. All these claims should involve, among other things, information and access to restorative justice services (mainly penal mediation). Although the debates on restorative justice highlight that it can be a good option to complement the shortcomings of ordinary criminal justice in meeting the needs of victims, the truth is, however, that there are many conditions that make it difficult for victims to have access to criminal mediation. This study takes a qualitative and quantitative approach to these conditions, taking the case of the Autonomous Community of Aragon as a reference.*

Key words: *access to rights; victims; restorative justice; mediation; Aragon.*

I. EL ACCESO AL DERECHO Y A LOS DERECHOS

No resulta novedoso afirmar que el poder y sus instituciones aspiran a consolidarse y a mantenerse durante el mayor tiempo posible. Para ello, para garantizarse algo de estabilidad y permanencia y poder reproducirse, los sistemas políticos trabajan para, a través de distintos medios, ser considerados como legítimos por sus ciudadanos. Cuestión distinta es cómo lograr esa legitimidad que pueda garantizar la estabilidad. Las respuestas a esa pregunta han sido muy diversas y con un grado de realización muy dispar en función, entre otras cuestiones, de los distintos niveles de relación de la autoridad con los ciudadanos. Unos hacen referencia a la democracia como forma de elección de los representantes políticos y como método de toma de decisiones públicas, otros destacan la transparencia en la forma de funcionamiento institucional y casi todos aluden a la escucha por parte de las instituciones públicas. Con los sistemas judiciales, como instituciones a las que el ciudadano acude cuando tiene un conflicto, ocurre algo similar. El ciudadano llega con un problema, pero no esperar salir con dos, el que traía y el que le genera la relación con la institución.

La evolución hacia sistemas más legítimos ha traído consigo el incremento de las expectativas de los ciudadanos hacia la justicia (Hernández Moura 2019, 526). Más concretamente, los ciudadanos no solo desean que la justicia sea justa y sus decisiones correctas, sino que esperan además obtener una justicia, procedimentalmente adecuada, pero también más accesible; esto es, más transparente e inteligible, de modo que resulten más comprensibles el sentido de sus procesos, tiempos, actores y opciones, al tiempo que estén más adaptados a las necesidades específicas de sus usuarios. Ello podría reducir la sensación de los justiciables de encontrarse metidos en (o ante) un proceso hostil y facilitar la participación activa de los ciudadanos en los procedimientos en los que ellos mismos están interesados, lo que contribuiría a hacer más real y efectivo el derecho a un juicio justo. De alguna manera, la participación activa que requiere de la información adecuada y la escucha ayudaría a hacer realidad tres de las dimensiones de la justicia: tanto procedimental, como interpersonal (dependiendo de cómo se informe y se escuche) e informacional; y a profundizar en la legitimidad de las instituciones que entendemos nos tratan dignamente, nos atienden con respeto y nos permiten tomar decisiones con fundamento. Parece evidente que cuando nos encontramos ante una justicia inaccesible e incomprensible la tendencia puede ser la de desconectar y asumir un rol pasivo, la de un espectador de su propia vida que no puede, ni sabe ni, finalmente, tampoco quiere implicarse. Sin embargo, aunque no quiera, el ciudadano se ve forzado a tomar decisiones que no comprende y, en consecuencia, no puede asumir. Y, finalmente, se siente tratado injustamente, independientemente de las posiciones que ocupe en los procesos judiciales. En los procesos penales será víctima o victimario.

El establecimiento de las garantías procesales necesarias [tanto epistemológicas como institucionales (1)] para obtener una decisión lo más justa y verdadera posible y evitar arbitrariedades y excesos por parte del poder, ha llevado tradicionalmente a la justicia penal a centrarse en el agresor, olvidando o relegando a la víctima a un lugar muy secundario (el de un simple testigo de los hechos). En los últimos tiempos, sin embargo, se ha venido reivindicando la necesidad de corregir esa situación, sin descuidar la atención a las garantías del proceso (BARONA VILAR, 2019). HERNÁNDEZ MOURA (2019, 521), por ejemplo, advierte del cambio actual de sensibilidad, tendente al reconocimiento y protección de las necesidades e intereses de las víctimas en el proceso penal. En esa dirección apuntan las experiencias de justicia restaurativa, que han sido objeto de reflexión e impulso en las últimas décadas (2), y que vienen a dar una vuelta de tuerca a la cuestión de la accesibilidad y la participación en la justicia penal. Y como parte de ese movimiento de atención y orientación hacia las víctimas hay que entender también la Directiva 2012/29, del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012, y su trasposición a través del Estatuto de la Víctima del delito (Ley 4/2015, de 27 de abril) que, en ambos casos, hacen referencia a los servicios de justicia restaurativa como uno de los posibles mecanismos dirigidos a la reparación moral y material de las víctimas.

Son conocidas las pretensiones ilustradas de la justicia penal de ofrecer seguridad e imparcialidad a las partes haciendo que sea el Estado, a través del juez penal, quien decida quién es el agresor y qué delito ha cometido (3). También se han destacado aquellas cuestiones que la justicia penal no logra resolver como son, precisamente, la participación de las partes en el proceso para discutir sobre lo ocurrido y acordar la manera de reparar el daño a la víctima, la responsabilización del agresor por ese daño o la participación de la comunidad de agresor y víctima (BARONA VILAR, 2019, 59-64). La justicia restaurativa se presenta, en general, como un complemento a la justicia penal para las partes, cuando éstas deseen resolver el conflicto que las enfrenta de una manera más directa y participada, con el apoyo de un facilitador. SOLETO (2019, 499) señala como posibles ventajas de la justicia restaurativa las de participar directamente en la resolución de la situación, recibir respuestas sobre el crimen y el agresor, expresarse sobre las consecuencias del delito, tener una reparación significativa, restaurar, si procede, la relación con el ofensor y cerrar una etapa. Por ello, por los beneficios que pueden representar para

(1) Cfr. al respecto L. FERRAJOLI (1995).

(2) Y que seguramente han sido objeto más de reflexión que de impulso, o más de retórica que de realidad práctica, como indica J. TAMARIT (2020, 44).

(3) Sobre los límites de la justicia penal y el aporte de la justicia restaurativa, véase por todos, el libro colectivo coordinado por GERRY JOHNSTON y DANIEL VAN NESS (2007). En España, GONZÁLEZ CANO (2015), CANO SOLER (2015) y REBOLLO REVESADO (2021), entre otros posibles.

las partes y, sobre todo, para la víctima del delito, la normativa nacional e internacional ha favorecido en los últimos tiempos la promoción e institucionalización de los servicios de justicia restaurativa, hasta considerar el derecho al acceso a estos casi como un «derecho» de las víctimas. Sin embargo, como ya sabemos, el reconocimiento de derechos conlleva también inevitablemente la determinación de las obligaciones correlativas que los hacen posibles. El objetivo de este trabajo es precisamente analizar cómo es el acceso de las víctimas a la justicia restaurativa y las lagunas que presenta, centrándonos sobre todo en el ejemplo de la Comunidad autónoma aragonesa.

II. UN BREVE APUNTE SOBRE EL CONCEPTO DE VÍCTIMA

Puesto que el objetivo de este trabajo es analizar el acceso de la víctima a la justicia restaurativa, entendemos que es previo un acercamiento, aunque sea breve, a la definición normativa de víctima, que puede no coincidir con la idea que se tenga de la misma desde un punto de vista ético, político o social. La discusión sobre el concepto de víctima, en general, y de la víctima que puede acceder a la justicia restaurativa en particular, no es baladí. Paz Francés (2018, 10) establece que, de entrada, la Ley 4/2015, de 4 de abril, del *Estatuto de la víctima* (en adelante, EV) «tiene la vocación de ser el catálogo general de los derechos, procesales y extraprocesales, de todas las víctimas de delitos. Por tanto, el Estatuto viene a establecer un concepto de víctima omnicompreensivo, por cuanto se extiende a toda persona que sufra un perjuicio físico, moral o económico como consecuencia de un delito». También Fátima Pérez (2020, 6) entiende que la normativa hace referencia a un concepto omnicompreensivo de víctima, aunque sin abarcar a quienes la LECr considera ofendidos o perjudicados.

El EV establece el concepto de víctima en su art. 2. Con arreglo a esa definición es posible distinguir entre víctimas directas e indirectas y ya ahí se aprecian algunas limitaciones a un concepto más descriptivo de víctima. Así, *víctima directa* sería, según el Estatuto:

«toda persona física que haya sufrido un daño o perjuicio sobre su propia persona o patrimonio, en especial lesiones físicas o psíquicas, daños emocionales o perjuicios económicos directamente causados por la comisión de un delito» (art. 2.a EV).

Junto a ellas estarían las *víctimas indirectas*, que «en los casos de muerte o desaparición de una persona que haya sido causada directamente por un delito, salvo que se tratare de los responsables de los hechos», se considerará a los siguientes (art. 2.b EV):

«1º. A su cónyuge no separado legalmente o de hecho y a los hijos de la víctima o del cónyuge no separado legalmente o de hecho que en el momento de

la muerte o desaparición de la víctima convivieran con ellos; a la persona que hasta el momento de la muerte o desaparición hubiera estado unida a ella por una análoga relación de afectividad y a los hijos de ésta que en el momento de la muerte o desaparición de la víctima convivieran con ella; a sus progenitores y parientes en línea recta o colateral dentro del tercer grado que se encontraran bajo su guarda, y a las relaciones sujetas a su tutela o curatela o que se encontraran bajo su acogimiento familiar.

2º. En el caso de no existir los anteriores, a los demás parientes en línea recta y a sus hermanos, con preferencia, entre ellos, del que ostentare la representación legal de la víctima» (art. 2.b Estatuto).

El EV añade que las disposiciones de la Ley «no serán aplicables a terceros que hubieran sufrido perjuicios derivados del delito», lo que quiere decir que el concepto de víctima indirecta debe interpretarse en un sentido restrictivo, para referirse únicamente a los familiares señalados en el párrafo b) del art. 2.

Así definida la víctima del delito, el objetivo del EV es configurar un estatuto jurídico que favorezca la reparación del daño causado por el delito y minimice los efectos traumáticos del proceso (victimización secundaria). A tal efecto, el art. 3.1 establece con carácter general el derecho de toda víctima «a la protección, información, apoyo, asistencia y atención, así como a la participación activa en el proceso penal y a recibir un trato respetuoso, profesional, individualizado y no discriminatorio desde su primer contacto con las autoridades o funcionarios, durante la actuación de los servicios de asistencia y apoyo a las víctimas y de justicia restaurativa, a lo largo de todo el proceso penal y por un período de tiempo adecuado después de su conclusión, con independencia de que se conozca o no la identidad del infractor y del resultado del proceso».

No son pocos los interrogantes o las dudas que plantea el concepto de víctima del EV desde un punto de vista jurídico, si se considera por ejemplo el posible solapamiento o confusión terminológica con otras figuras procesales como son la del ofendido, el perjudicado o la víctima en sentido penal estricto (J. A. DÍAZ y C. CUETO, 2022). Y tengamos en cuenta, además, que el EV define como víctimas a las personas físicas que directa o indirectamente han sufrido un daño como consecuencia de la comisión de un delito y establece el derecho de las mismas a participar en el proceso penal y a ser reparadas con independencia de cuál sea el resultado del mismo; cuando, en ocasiones, el objetivo de dicho proceso no solo es la identificación del responsable del hecho delictivo, sino incluso la calificación y determinación misma de los hechos como delito, que es el requisito de la acreditación de la condición de víctima. A tales limitaciones a la hora de definir a quién considera víctima la normativa, habrá que añadir las que pueden referirse a la solución restaurativa. En ese sentido, aparte de las condiciones que analizaremos en los siguientes epígrafes, y aunque empieza a haber discusión al respecto, la mediación

será posible siempre que las víctimas estén identificadas y no sean personas jurídicas. Tampoco podrán acudir a justicia restaurativa las víctimas de violencia de género, que queda prohibida legalmente de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 87ter de la Ley Orgánica del Poder Judicial (adicionado por la L.O. 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género).

III. LA INSTITUCIONALIZACIÓN DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA Y LOS DERECHOS DE LA VÍCTIMA

Ya no podemos decir que la filosofía de la justicia restaurativa sea una novedad en las discusiones sobre la justicia penal, sus carencias y alternativas. Son muchas décadas de disputas doctrinales, éticas, jurídicas y también políticas sobre los objetivos, herramientas, actores, supuestos, así como sobre los efectos y las posibilidades reales de su implementación en los sistemas penales nacionales. Esa difusión de la cultura restaurativa también ha ido calando en las instituciones responsables en materia de justicia, que vienen insistiendo en la necesidad de instituir cauces y mecanismos que favorezcan la escucha y la reparación de las víctimas de los delitos, que agilicen y hagan más eficaz y eficiente el trabajo de la Administración de Justicia, que promuevan la responsabilización real y empática de los agresores y que cooperen a un adecuado tratamiento de los conflictos de cara a la comunidad. Late ahí todo un cambio de perspectiva en materia de política criminal, reorientado hacia la reparación de las víctimas. Por un lado, se trata de rescatar las posibilidades restaurativas del proceso; por otro, de corregir aquellos aspectos revictimizantes a través de mecanismos que favorezcan la reparación de la víctima y la responsabilización del agresor. Incluso se ha hablado de un «derecho de acceso a un proceso reparador», que se podría definir como «aquella potestad en favor de la víctima para iniciar unas sesiones de carácter restaurativo que garanticen la tutela judicial efectiva de sus derechos» (R. MIGUEL BARRIO, 2020, 82). La contrapartida evidente es que, en consecuencia, ese presunto derecho va a reclamar una prestación de servicio que implemente y realice el derecho. Más concretamente, R. Miguel apunta al Estado como prestador e indica que éste «tiene el deber de procurar a los ciudadanos un acceso efectivo a todo aquel que haya sufrido un daño injusto y considere que este “sendero pacífico” es el oportuno para la ventilación de su asunto» (R. MIGUEL BARRIO, 2020, 82) (4).

(4) Otros se muestran más cautelosos y destacan que la normativa solo hace referencia a la justicia restaurativa «si procede»; de manera que no se puede considerar como un derecho (SOLETO, 2019).

1. De la Directiva 2012/29/UE a la Recomendación CM/Rec (2018) pasando por la Ley del Estatuto de la Víctima

Más precisamente, dejando de lado antecedentes previos (5), la Unión Europea ha apostado de manera contundente en la última década por instar a los Estados miembros a desarrollar herramientas de justicia restaurativa. En concreto, la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012, *por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos*, abunda en el tema y amplía su foco de atención más allá de la mediación hasta la justicia restaurativa. De hecho, la define en su artículo 2 como «cualquier proceso que permita a la víctima y al infractor participar activamente, si dan su consentimiento libremente para ello, en la solución de los problemas resultantes de la infracción penal con la ayuda de un tercero imparcial». Al tiempo que en el artículo 12 establece una serie de condiciones para ofrecer a la víctima un entorno seguro y evitar un proceso de victimización secundaria. En esa línea establece que: se recurrirá a los servicios de justicia reparadora si redundan en interés de la víctima, se basan en el consentimiento libre a lo largo de todo el procedimiento, previa información exhaustiva e imparcial sobre el proceso, sus resultados y la supervisión de los mismos, solo si el infractor ha reconocido los hechos, los acuerdos se alcanzarán de forma voluntaria y podrán ser tenidos en cuenta en los procesos penales, los debates serán confidenciales y no podrán difundirse. También insta a los Estados a que faciliten los protocolos para derivar casos hacia servicios de justicia reparadora teniendo en cuenta la naturaleza y gravedad del delito, el daño causado, la reiteración en la violación de la integridad física, sexual o psicológica, el desequilibrio de poder, así como la edad o madurez de la víctima. Se trata de condiciones que, para ARMENTA DEU (2018, 221), «operan en realidad como obstáculos cuya concurrencia cercena la esencia de la mediación, propiciando quebrar el presupuesto básico para poder servirse de los servicios de justicia restaurativa». En todo caso, si se consolidan los servicios de justicia restaurativa, se deberá ofrecer a la víctima información accesible y comprensible sobre dichos servicios desde su primer contacto con la autoridad competente (art. 4.1.i).

Las indicaciones de la Directiva de 2012 han sido recogidas, en parte, por la ya citada *Ley del Estatuto de la Víctima*. El EV hace referencia expresa a los

(5) De hecho, indican SUBIJANA, TORRES y SÁNCHEZ (2015) que el impacto que tuvo en la mediación la Decisión Marco 2001/220/JAI del Consejo de 15 de marzo de 2001 fue muy limitado. Como dice PÉREZ (2020, 3): «se hacía, pues, necesario, una ley integral que aglutinara los derechos de todas las víctimas ante el proceso y se evitara esa dispersión normativa de derechos que hacía a unas víctimas más protegidas que otras en el proceso penal según se hubiera aprobado una norma *ex profeso* para unas en concreto, pero que excluía a las demás».

Servicios de justicia restaurativa, aunque por un lado parece restringirlos a la mediación y, por otro, los configura como una potestad administrativa, en lugar de una obligación. Así, inicialmente en el artículo 5.k) se indica que las víctimas tienen derecho a «recibir información sobre los servicios de justicia restaurativa disponibles». En concreto, el artículo 15 desarrolla esos servicios de justicia restaurativa indicando únicamente los principios que deberán respetarse para facilitar la flexibilidad y adaptación al caso concreto. Dice el artículo 15 EV (6):

«1. Las víctimas podrán acceder a servicios de justicia restaurativa, en los términos que reglamentariamente se determinen, con la finalidad de obtener una adecuada reparación material y moral de los perjuicios derivados del delito, cuando se cumplan los siguientes requisitos:

- a) el infractor haya reconocido los hechos esenciales de los que deriva su responsabilidad;
- b) la víctima haya prestado su consentimiento, después de haber recibido información exhaustiva e imparcial sobre su contenido, sus posibles resultados y los procedimientos existentes para hacer efectivo su cumplimiento;
- c) el infractor haya prestado su consentimiento;
- d) el procedimiento de mediación no entrañe un riesgo para la seguridad de la víctima, ni exista el peligro de que su desarrollo pueda causar nuevos perjuicios materiales o morales para la víctima; y
- e) no esté prohibida por la ley para el delito cometido».

Además, se insiste en principios propios de la justicia restaurativa como son la confidencialidad de los procedimientos, el secreto profesional de los facilitadores y la libertad de las partes para participar y abandonar el proceso en cualquier momento sin necesidad de motivar su decisión. Algo que hace que DOMINGO (2017, 155) entienda que «todo el Estatuto en sí mismo puede ser considerado como una norma penal con enfoque restaurativo (...) trata de dar protagonismo a la víctima y revalorizar su papel, potenciando su participación durante todo el proceso y procurando su reparación, no solo material sino moral».

En este contexto de prestar atención al acceso de las víctimas a los procesos de justicia restaurativa, nos parece especialmente importante el artículo 5.1.k del Estatuto, relativo a la información que deben recibir las víctimas «desde el primer contacto con las autoridades y funcionarios, incluyendo el momento previo a la presentación de la denuncia, a recibir, sin retrasos innecesarios, información adaptada a sus circunstancias y condiciones personales y a la naturaleza del delito cometido y de los daños y perjuicios sufridos sobre (...) servicios de justicia restaurativa disponibles, en los casos en que

(6) Resultan oportunos los comentarios sobre las implicaciones de los requisitos del artículo 15 EV que realiza ARMENTA DEU (2018, 230-233).

sea legalmente posible». Se trata de un artículo que, para FRANCÉS (2018), forma parte de los derechos de participación de la víctima en el proceso penal. Esencialmente porque la desinformación (por distintas razones) solo genera desafección respecto al proceso, una actitud pasiva y finalmente, hace que se realice difícilmente el derecho a un juicio justo.

SUBIJANA (2015, 7) insiste en dos momentos informativos importantes en la consolidación de la justicia restaurativa. El primero es el que se produce cuando las autoridades judiciales (Juzgados de instrucción, de lo penal o Audiencias Provinciales), de oficio o a instancia de parte, han decidido remitir motivadamente el caso al espacio de mediación. En este momento es el Letrado de la Administración de Justicia quien remitirá al Ministerio Fiscal, al investigado, a la víctima y a sus respectivos abogados una información en la que «se explicará, de una manera comprensible, en qué consiste la mediación, sus presupuestos, cual es el procedimiento a seguir y los resultados que se pueden alcanzar con la misma». El segundo momento importante se produce con la primera reunión informativa del facilitador con cada una de las partes por separado, una vez que las autoridades judiciales han decidido remitir el caso al espacio de mediación, en la que deberán estar presentes también los abogados de cada una de las partes (que no estarán presentes durante los encuentros restaurativos propiamente dichos) para poder asesorar adecuadamente a sus clientes sobre la oportunidad o no de consentir un proceso restaurativo. Para evitar frustrar falsas expectativas en la víctima, el facilitador se reúne en primer lugar con el investigado y, si este accede, se reunirá con la víctima posteriormente. A ambos se les debe informar del «contenido y la naturaleza del proceso de la mediación, partes que participan, duración estimada, forma de realización, normas y funciones de la persona mediadora (neutralidad, imparcialidad, confidencialidad y objetividad), así como los posibles efectos e incidencias en el procedimiento judicial» (SUBIJANA, 2015, 14).

En principio, si una de las dos partes se opone no se puede iniciar el proceso restaurativo, que debe contar con el consentimiento de ambas. Aunque somos conscientes de que es inevitable que el consentimiento en el ámbito penal esté, en cierto modo, condicionado por el contexto y la situación por la que se llega ante las instituciones judiciales, sí que podemos contrarrestar ese sesgo mediante una información adaptada al nivel de comprensión del ciudadano. Hay que evitar que tanto víctima como agresor se puedan sentir “obligados” a consentir según quién o qué autoridad se lo proponga (BERNUZ & GARCÍA, 2021, 26 y 30) (7). En esa tarea de informar adecuadamente a sus usuarios sobre los servicios de justicia restaurativa habría que destacar el rol que el EV y su

(7) En concreto, alguno de los participantes en la investigación indicaba que «el agresor asume que si lo dice el juez es porque será positivo para él o puede entender que si no accede puede tener consecuencias negativas» (BERNUZ & GARCÍA, 2021, 29).

Reglamento de desarrollo asignan a las Oficinas de Asistencia a las Víctimas que, además, deben prestar, «en los términos que reglamentariamente se determine, apoyo a los servicios de justicia restaurativa y demás procedimientos de solución extraprocesal que legalmente se establezcan» (artículo 29 EV).

Insistíamos en la importancia de la información para acceder al Derecho y a los derechos, pero también es esencial conocer cuáles son los límites normativos de ese «derecho» a acceder a servicios de justicia restaurativa. En ese sentido, son muchos los autores que se han manifestado sobre el (des)ajuste del EV y sus lagunas en la transposición de la Directiva. De hecho, SUBIJANA *et al.* (2015, 5) hacen alusión a dos cuestiones en las que el Estatuto limita la potencialidad de la Directiva. De un lado, evidencian la confusión y también reducción de la justicia restaurativa (que aparece en el título del artículo) a la mediación a la que se refiere explícitamente el artículo 15. Es cierto que luego parece que se intenta resolver la confusión (o ahondar en ella, según se mire) en el RD 1109/2015, de 11 de diciembre, *por el que se desarrolla la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito y se regulan las Oficinas de Asistencia a las Víctimas del delito* haciendo referencia a alternativas de resolución de conflictos, mediación y «otras medidas de justicia restaurativa». De otro lado, indican los autores que, si la Directiva opta por establecer condiciones genéricas que pueden condicionar el recurso a la justicia restaurativa, el EV recuerda la prohibición legal de la justicia restaurativa en algunos supuestos; que, en concreto, son los de violencia de género (8). Ambas pueden y son limitaciones en el derecho de la víctima a acceder a la justicia restaurativa. En el primer caso, porque la justicia restaurativa exige una flexibilidad que va más allá de la mediación para resolver una diversidad de casos posibles (círculos, conferencias, etc.). En el segundo caso, porque pone límites al acceso en el supuesto de la violencia de género, un límite que no impone la Directiva europea, que entiende que serán los facilitadores y el propio juez quienes determinarán si existe un equilibrio entre las partes implicadas y es posible (o no) la solución restaurativa (9).

(8) GONZÁLEZ CANO (2019, 51) recuerda que el Convenio de Estambul «abarcaría no solo la violencia contra la mujer de naturaleza sexual, física o psicológica, sino también la violencia económica y sin anudarla a la necesaria relación de afectividad previa con el agresor». Junto a esos supuestos prohibidos legalmente, ARMENTA DEU (2018, 226) saca a la luz las reticencias a aceptar la mediación en otros delitos como son «b) los tipos penales sin concreción del daño; c) los delitos sin víctima; d) los supuestos de reincidencia; los delitos violentos; e) los delitos en que el acusado esté en situación irregular en España; f) el delito continuado; g) cuando una de las partes no está en pleno uso de sus facultades; o g) cuando hay varias víctimas o acusadas y sólo participa en la mediación una».

(9) Sobre argumentos a favor y en contra de la justicia restaurativa en supuestos de violencia de género en España puede verse los trabajos recientes de ÁLVAREZ (2021), BORGES BLÁZQUEZ (2022), GALLARDO (2020), TIerno (2022) o VILLACAMPA (2020), entre otros posibles. Con una perspectiva más general puede verse STRANG Y BRAITHWAITE (2002).

Aparte de las limitaciones que establece el Estatuto a la justicia restaurativa, es preciso apuntar que la puesta en marcha tanto del servicio, como de la información del mismo tienen un coste a asumir por el Estado. Sin embargo, en esa cuestión, todo el EV en general, y las alusiones específicas a la justicia restaurativa que se hacen en el mismo, se siguen moviendo en el terreno ambiguo de las recomendaciones que, como indica la Disposición Adicional 2ª, «no podrán suponer incremento de dotaciones de personal, ni de retribuciones ni de otros gastos de personal». Y el Reglamento de desarrollo, en su Disposición Adicional Única sigue insistiendo en que, en ningún caso, «(...) producirá incremento del número de efectivos, ni de retribuciones, ni de otros gastos de personal con impacto presupuestario». Son elementos que nos permiten medir la voluntad política en relación a víctimas en general y a justicia restaurativa en particular.

Finalmente, la Recomendación CM/Rec (2018)8 del Comité de Ministros a los Estados miembros *en materia de justicia restaurativa penal* insta a los estados miembros a seguir innovando y consolidando las estrategias de justicia restaurativa que entiende eficaces en la tarea de reparar a la víctima, fomentar el desistimiento del agresor y mejorar la satisfacción de los participantes con la justicia. La Recomendación de 2018 parte de la misma definición de justicia restaurativa que la Directiva de 2012 y asume como principios básicos la participación activa de las partes en la solución del conflicto y la reparación del daño que causa el delito a los individuos, sus relaciones y la comunidad. Asimismo, entiende que podrá emplearse en cualquier fase del proceso penal y que la remisión la pueden realizar los «organismos de justicia penal y autoridades judiciales o pueden ser solicitadas por las mismas partes». Aunque también insiste en que se puede realizar justicia restaurativa proactiva «en el sistema judicial pero fuera del procedimiento penal» (puntos 60 y 61), así como por las autoridades judiciales y los organismos de justicia penal (10). Y, a diferencia de la normativa anterior, no se centra únicamente en la promoción de la mediación penal, sino que amplía expresamente a otros mecanismos de justicia restaurativa «mediación entre la víctima y el ofensor, mediación penal, conferencias restaurativas, conferencias de grupo familiar, círculos de sentencia o círculos de pacificación, entre otros» (punto 5). Aunque era una reclamación que se hacía al EV, que comenzaba hablando de justicia restaurativa, pero acababa

(10) Parece que se intenta potenciar la coordinación entre los diferentes profesionales implicados en los procesos de justicia restaurativa. De hecho, se indica que las autoridades judiciales, antes de realizar la remisión, deben ponerse en contacto con los servicios de justicia restaurativa si tienen dudas sobre si «las disparidades con respecto a la edad, madurez, capacidad intelectual de las partes u otros factores pueden impedir la aplicación de la justicia restaurativa» (punto 28).

refiriéndose a la mediación penal (MIGUEL RODRIGO, 2020), habrá que ver de qué manera la legislación y la práctica española acogen y desarrollan esta ampliación, cuando el acceso a la mediación penal resulta tan heterogéneo en el territorio nacional.

Aunque los principios sobre los que se define son similares a los de la Directiva de 2012, es cierto que se van ampliando y perfilando para ajustarlos a la filosofía de la justicia restaurativa. Así, por ejemplo, se apuesta por entender los servicios de justicia restaurativa como un derecho-libertad para recurrir a ellos o no y, en todo caso, siempre que las partes acepten los hechos básicos del caso (11). Se sigue insistiendo también en la posibilidad de desistir en cualquier momento del proceso al que, se añade, no se puede persuadir de participar «de manera injusta». Se entiende que ese consentimiento libre y voluntario solo será posible si se tiene información suficiente y clara sobre la naturaleza del proceso, resultados y repercusiones. Como indicaba el responsable de *¿Hablamos?* (12), «solo se puede amar lo que se conoce» y esa tarea de información adecuada sobre los procesos restaurativos es responsabilidad de las instituciones judiciales en primer lugar y posteriormente del facilitador que deberá ser proactivo y verificar que el consentimiento para continuar con el proceso restaurativo se mantiene.

También el facilitador es un factor reseñable por la Recomendación para fomentar la confianza necesaria en los procesos de justicia restaurativa. Esa confianza se construye tanto sobre el respeto de los procesos, como las normas deontológicas y en hacer que las partes se sientan atendidas con respeto. De hecho, la Recomendación (2018) hace referencia a que tengan «sentido común» y que posean «habilidad para el trato interpersonal». Pero también es importante que el facilitador tenga la sensibilidad suficiente para comprender las situaciones a las que se enfrenta. Por ello, hace hincapié en que «los facilitadores contratados deben pertenecer a todos los sectores de la sociedad y, en general, debe conocer bien las comunidades y culturas locales. Deben poseer las sensibilidades y capacidades que les permitan aplicar la justicia restaurativa en entornos interculturales» (punto 40). Y dentro de esa especial sensibilidad, se podría añadir que entiendan que la «mediación debería ofrecerse como “un derecho-oportunidad”, no como una imposición para agresor o para víctima», o que «la participación o no en el proceso no puede servir para calificar a la víctima o al agresor que accede a participar como buena víctima» (BERNUZ & GARCÍA, 2021, 17). Como indica también WALKLATE (2016, 98), «los promotores de la justicia restaurativa ostentan un poder formal e

(11) Y, en sentido contrario, el consentimiento para participar no puede ser entendido como indicativo de culpabilidad en procedimientos penales posteriores.

(12) Asociación aragonesa que ha realizado mediación penal desde hace 17 años en Aragón.

informal. Ello puede provocar que la voz de la víctima se silencie o se borre, en lugar de ser reconocida: las “buenas” víctimas son visibles, las “malas” no lo son». Y ello es algo a tener en cuenta por los facilitadores para no ser partícipes de un proceso (inconsciente) de victimización secundaria que se trata precisamente de evitar.

En ese sentido, se establecen una serie de condiciones para que el acceso a la justicia restaurativa no resulte victimizador. FRANCÉS (2018, 14-15) hace referencia a que «las víctimas que opten por participar en procesos de justicia reparadora deben tener acceso a servicios seguros y competentes, que han de cumplir, como mínimo, las condiciones siguientes: a) que se recurra a los servicios de justicia reparadora si redundan en interés de la víctima, atendiendo a consideraciones de seguridad, y se basan en el consentimiento libre e informado de la víctima; el cual podrá retirarse en cualquier momento; b) entrega de información exhaustiva e imparcial sobre la justicia reparadora y sus posibles resultados, así como sobre los procedimientos para supervisar los acuerdos adoptados; c) reconocimiento de los elementos fácticos básicos del caso por parte del infractor; d) voluntariedad de todo el proceso y posibilidad de ser tenido en cuenta en cualquier otro proceso penal; e) confidencialidad del proceso y garantía de que los datos no se difundirán posteriormente, salvo con el acuerdo de las partes o si así lo exige el Derecho nacional por razones de interés público superior».

Parece claro que, aparte de dotación económica que permita implementar la justicia restaurativa, para acceder a ella es preciso contar con unas estructuras que las puedan acoger. De hecho, una de las cuestiones que preocupan a los prácticos del derecho es cómo integrar la justicia restaurativa en los procesos penales (*vid.* BERNUZ & GARCÍA, 2021) (13). CARIO *et al.* son conscientes de la importancia del desarrollo legislativo de la Recomendación para limar las resistencias de las autoridades judiciales ante la justicia restaurativa regulando «las condiciones y procedimiento de derivación de casos inicialmente judicializados a un programa restaurativo extrajudicial y, especialmente, los efectos intraprocesales de los resultados alcanzados en el proceso restaurativo, en un sistema procesal, como el español, inspirado en una concepción bastante estricta del principio de legalidad que deja poco espacio para el ejercicio del principio de oportunidad en fase de instrucción» (CARIO *et al.*, 2018, 183) Por ello la Recomendación apuesta por que se elaboren protocolos de funcionamiento, reclama que se apliquen las garantías procesales en la justicia restaurativa, especialmente cuanto se refiere a procesos de reclamación o servicios de

(13) Se trata de una preocupación que ha sido recogida por el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal que, principalmente, en sus artículos 181-184 regula los principios de la justicia restaurativa y determina su integración en el proceso penal. Sobre avances y límites del Anteproyecto puede verse SEMPERE FAUS (2022, 485-490).

traducción o de asistencia jurídica. Y, en esa línea, es preciso recordar que el Consejo General de Poder Judicial actualizó y publicó en su página web, en 2016, una *Guía para la práctica de la mediación intrajudicial*, en la que incluye un capítulo específico dedicado a la mediación penal. Y el Código penal mediante la modificación de la LO 1/2015, de 30 de marzo, *de reforma de Código penal*, ha incluido el cumplimiento del acuerdo alcanzado en un proceso de mediación entre víctima e infractor como una de las condiciones que el juez o tribunal puede utilizar para suspender la ejecución de la pena (art. 84.1.1º CP).

2. El desarrollo del EV: las Oficinas de Atención a las Víctimas del Delito (OAV)

Una política criminal orientada a responder a esas mayores expectativas de las víctimas ante el sistema judicial está detrás de la promoción de las Oficinas de Asistencia a las Víctimas del Delito (OAV). Las OAV nacieron con el Real Decreto 1109/2015, de 11 de diciembre, por el que se desarrolla la Ley del Estatuto de la Víctima, para intentar responder a las necesidades psicológicas, jurídicas o sociales que surgen tras la comisión de un delito y por el proceso judicial en que deberán participar. El art. 12 del RD 1109/2015 las define como «una unidad especializada y un servicio público cuya finalidad es prestar asistencia y/o atención coordinada para dar respuesta a las víctimas de delitos en los ámbitos jurídico, psicológico, y social, así como *promover las medidas de justicia restaurativa que sean pertinentes*» (la cursiva es nuestra).

Ya se han avanzado las ventajas e inconvenientes del proceso penal y la recuperación de la víctima que hace la justicia restaurativa. Por ello se ha entendido que entre los derechos de las víctimas está la de acceder, en su caso, a servicios de justicia restaurativa. Aunque las OAV tienen como función esencial ofrecer asistencia procesal y extraprocesal a víctimas de delitos, lo cierto es que también se perfilan como cauces potencialmente importantes en la información, difusión y, en cierto modo, también en la consolidación de la justicia restaurativa. No obstante, el art. 19 del RD precisa que entre las funciones de la OAV no está la de realizar o llevar a cabo los procesos de justicia restaurativa, sino la de ofrecer «información sobre alternativas de resolución de conflictos con aplicación, en su caso, de la mediación y de otras medidas de justicia restaurativa». Además, en la misma línea que lo hacía el EV, el Reglamento insiste en que las OAV deben informar únicamente de los «servicios de justicia restaurativa *disponibles*, en los casos en que sea legalmente posible» (art. 27.k, la cursiva es nuestra). De manera que, si no hay servicios disponibles, difícilmente se podrá informar, por mucho que se considere como un derecho que asiste a las víctimas.

Pese a ello, el artículo 37 sí que parece otorgar mayor responsabilidad a las OAV al indicar que «podrán realizar las siguientes actuaciones de justicia restaurativa»:

- a) Informar, en su caso, a la víctima de las diferentes medidas de justicia restaurativa.
- b) Proponer al órgano judicial la aplicación de la mediación penal cuando lo considere beneficioso para la víctima.
- c) Realizar actuaciones de apoyo a los servicios de mediación extrajudicial.

Además, aunque parezca una tarea secundaria, que se les encomiende la recopilación de datos estadísticos sobre «el número de víctimas que han sido derivadas a servicios de mediación» (art. 39.e), permitiría conocer el estado de la mediación y actuar en consecuencia para, en su caso, mejorarlo. Publicitar estos datos en las páginas web de las Direcciones de Justicia no solo visibiliza, sino que también pone en valor el trabajo realizado por las OAV's. Como anécdota, la OAV de Zaragoza lleva reclamando sin éxito desde 2009 una aplicación informática que agilice la recogida y tratamiento de los datos. Algo que deben realizar los funcionarios de la oficina manualmente y que, entienden, puede ir contra la calidad de la atención a las víctimas.

También parece claro que solo realizarán sus funciones con las víctimas que les sean remitidas desde policía (parece que en la denuncia figuran los datos de la OAV) o desde instituciones judiciales o sociales (como la Casa de la Mujer, en Zaragoza). Los datos que ofrecen las memorias de la OAV de Zaragoza muestran que, aunque tienen por objetivo ofrecer asistencia procesal y extraprocesal a las víctimas de cualquier delito, en la práctica se centran en atender a las víctimas de delitos graves, delitos sexuales y esencialmente víctimas de violencia de género. Algo que hace que por las OAV pasen esencialmente mujeres (14). Ello puede darnos una idea de las razones legales y culturales de la no derivación de casos a justicia restaurativa. Hay que recordar que los delitos de violencia de género, por ley, quedan excluidos de la mediación penal y por tanto no recibirán información sobre justicia restaurativa porque no resulta procedente. Ante los delitos más graves y de carácter sexual, quizás nos encontremos con las reticencias de los profesionales que perciben de la justicia restaurativa como una justicia más *soft*, apropiada únicamente para la delincuencia más leve. Pese a estas posibles razones que expliquen la nula derivación, los profesionales de la OAV reconocen que es una tarea pendiente que queda reseñada en las memorias anuales.

(14) En la memoria de la OAV de Zaragoza de 2019: 2459 son mujeres y 213 son hombres; en 2020: 1593 son mujeres y 158 hombres; y en 2021, 2563 son mujeres y 208 hombres.

Su labor en relación a la justicia restaurativa es subrayada por el artículo 29 del EV cuando indica que «Las Oficinas de Asistencia a las Víctimas prestarán, en los términos que reglamentariamente se determine, apoyo a los servicios de justicia restaurativa y demás procedimientos de solución extraprocésal que legalmente se establezcan». DOMINGO (2017, 156) entiende que los servicios de justicia restaurativa deberían estar integrados en las Oficinas como parte de la «atención integral» que prestan. Y es que, como recuerda la misma autora (2017, 156), el EV hace referencia a las víctimas «con independencia de su condición procesal» porque entiende que «no se deja de ser víctima porque el proceso haya terminado». También es cierto que se comenta en entrevista que, cuando las víctimas necesitan una intervención a más largo plazo hacen una labor de derivación hacia servicios comunitarios que les puedan ayudar. Sin embargo, en general, su tarea en la práctica se centra en preparar a las víctimas para el proceso que tienen por delante.

Es preciso apuntar que, aunque las OAV no puedan informar sobre servicios de justicia restaurativa inexistentes o poco institucionalizados, las funciones que cumplen respecto a las víctimas tienen de por sí una cierta función restaurativa y reparadora. De hecho, como destaca HERNÁNDEZ MOURA (2019, 530ss), entre sus funciones están la de favorecer el acceso a la justicia y la participación en el proceso que permite «recuperar la capacidad de control perdida y salvar el desequilibrio derivado de la comisión del hecho delictivo», «comprender las razones de la victimización adquiere gran significancia en los modelos cognitivos de estrés postraumático». Parece claro que la protección y apoyo serán esenciales para que la víctima tome decisiones adecuadas, el trato respetuoso les permite recuperar la confianza en las instituciones en general y las judiciales en particular o ayudarle con los trámites para la indemnización económica puede ser esencial para víctimas vulnerables económicamente. Todo ello, finalmente, no solo evita una victimización institucional, sino que genera un sentimiento de justicia en las víctimas que va más allá de la justicia procesal.

IV. CUANTIFICANDO EL ACCESO A LA JUSTICIA RESTAURATIVA

El EV se ha consolidado en España como la carta de derechos de las víctimas de los delitos. Y entre los derechos de mayor trascendencia están el derecho a ser atendidas, informadas y escuchadas, y el derecho a ser reparadas. De ahí la importancia de promover servicios de justicia restaurativa como vía alternativa y/o complementaria de hacer justicia y de reparar a las víctimas. En ese sentido, la finalidad de que las víctimas puedan acceder a los servicios de justicia restaurativa queda reflejada en el artículo 15 EV cuando indica que pretenderá «obtener una adecuada reparación material y moral de los perjuicios derivados del delito». Si es así, será esencial fomentar que

todas las víctimas, al margen del delito que hayan sufrido (más aún cuando se trata de un delito grave) y del lugar donde se encuentren, puedan acceder a servicios de justicia restaurativa. La Recomendación 2018 (8) hace referencia a que la ubicación geográfica del delito no puede impedir que se ofrezca justicia restaurativa a las víctimas u ofensores. Algo que no ocurre en España, a la vista del panorama tan desigual de puesta en marcha y desarrollo de estrategias de justicia restaurativa.

Un indicador de las precarias condiciones de acceso de las víctimas a los servicios de justicia restaurativa en España, en general, y particular y especialmente en Aragón, lo constituye precisamente la dificultad de medir dicho acceso. A la tradicional opacidad institucional se suma en este caso, como en otros, la falta de un marco básico común y la heterogeneidad del contexto autonómico, lo que entorpece el análisis comparativo. Es sabido que la implantación de servicios de justicia restaurativa o de mediación penal es enormemente dispar entre unas Comunidades Autónomas y otras, tanto en lo que se refiere al alcance de tales servicios (que en algunos casos siguen siendo experiencias piloto que solo implican a algunos órganos jurisdiccionales) como en lo referente al procedimiento y la forma de la gestión de los recursos. A ello se suma que no todas las Comunidades Autónomas hacen públicas las memorias o los informes de gestión relativas a los servicios de mediación penal y que, cuando lo hacen, la terminología utilizada no siempre es la misma. En suma, la información disponible es escasa, heterogénea, dispar y bastante inaccesible, lo que hace imaginar una realidad bastante parecida.

Si bien la (escasa) regulación sobre la mediación penal es nacional, la implementación depende de cada Comunidad autónoma, que la ha desarrollado muy desigualmente. Y aunque el Reglamento del EV hace referencia a la necesidad de crear memorias y estadísticas que permitan medir la eficacia de la justicia restaurativa anotando el número de víctimas derivadas a justicia restaurativa (art. 39.e), lo cierto es que no siempre existen, los indicadores que se miden son distintos en cada Comunidad autónoma y casi se podría decir que dependen de la buena voluntad de las personas que los gestionan. Dada la dificultad de contactar con las 17 Comunidades autónomas para que nos permitan consultar los datos de mediación en adultos y en menores, realizaremos la comparativa con los datos que nos han ofrecido las Comunidades autónomas que se sitúan en el entorno de Aragón (Cataluña, Navarra y País Vasco) (15). Hay que subrayar que el nivel de desarrollo de la mediación penal en la justicia penal ordinaria y la justicia de menores es muy dispar. Por ello,

(15) No ha sido posible obtener los datos de la C.A. de La Rioja, a pesar de haberlos solicitado.

aunque dejamos aparte el análisis de la mediación en la justicia de menores, que ha sido más analizado en la criminología (16), apuntamos la tabla comparativa para que se pueda apreciar la diferencia en la consolidación de una y otra en la provincia de Zaragoza (Tabla 1) (17).

TABLA 1: La mediación penal en la justicia de menores en Aragón: Relación de las mediaciones derivadas por las diligencias preliminares abiertas por el Ministerio Fiscal en la provincia de Zaragoza

	2015	2016	2017	2018	2019	2020	2021
Diligencias preliminares abiertas por el Ministerio Fiscal	1.444	1.402	1.446	1.453	1.708	1.356	-
Expedientes notificados para reparación	378	443	354	308	289	231	160
%	26,17	31,6	36,8	21,2	16,9	17	-
Expedientes ejecutados		485	428	385	326	284	184

Fuente: Memoria de la FGE, provincia de Zaragoza.

Añadamos a lo dicho anteriormente que la disparidad o la confusión no se produce solo en la información que proporcionan diferentes instituciones, sino incluso en la ofrecida por una misma, sin que pueda advertirse con claridad donde radican las diferencias. Por ejemplo, si uno observa los datos que proporciona el Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) en las memorias relativas a mediación intrajudicial en España entre 2012 y 2015 (inicialmente son las únicas que aparecen en la página web) (18), y se comparan las cifras de casos derivados a mediación con el volumen de asuntos penales ingresados en todo el ámbito jurisdiccional, podríamos obtener un primer dato para medir el acceso a la mediación que no llega al uno por mil (Tabla 2).

(16) Sobre la justicia restaurativa en la justicia de menores véase CALVO SOLER (2018), BERNUZ (2014).

(17) Tengamos en cuenta que Aragón tiene una población de 1.313.465 habitantes (julio de 2021), el 2,8% de la población española. Y que la provincia de Zaragoza tiene una población de 958.363 habitantes, lo que supone el 73% de la aragonesa.

(18) Disponibles en: <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediacion/Datos-mediacion-intrajudicial/> (última consulta mayo 2022).

TABLA 2: La mediación penal intrajudicial en España (2012-2015)

	2012	2013	2014	2015
Asuntos penales ingresados	6.442.314	6.304.617	6.173.074	5.806.074
Casos derivados a mediación	2.728	3.984	4.214	3.804
%o	0,42	0,63	0,68	0,65

Fuente: Elaboración propia a partir de datos del CGPJ.

Las cifras que ofrecen esas memorias del CGPJ no coinciden exactamente, sin embargo, con el número de asuntos derivados a mediación penal por los Juzgados de instrucción y Juzgados de lo penal, que también proporciona el propio CGPJ en sus estadísticas (véase Tabla 3). Es posible que la diferencia venga dada por el hecho de que las memorias de las Comunidades Autónomas recogen derivaciones de otros órganos judiciales, aunque las diferencias resultan bastante llamativas.

De todos modos, como se observa en la Tabla 3, que muestra el desglose por Comunidades autónomas, el volumen de casos derivados a mediación sigue siendo muy pequeño en relación con el volumen de asuntos que asume la jurisdicción penal en España, y el incremento producido en los últimos años es muy leve. Es más, en muchos casos incluso se ha reducido. De hecho, en España la justicia restaurativa y la mediación penal intrajudicial constituye un fenómeno muy limitado y profundamente desequilibrado. Como muestra la Tabla 4, en 2021 en solo tres Comunidades Autónomas (Navarra, Cataluña, País Vasco), se produjo casi el 90% de las derivaciones a mediación penal, cuando en realidad dichas Comunidades solo agrupan al 22,45% de la población española y representan únicamente el 21,05% de la litigiosidad penal (si la medimos tomando como referencia el número de asuntos que ingresaron ese año en la jurisdicción penal). Posiblemente los casos más relevantes, aunque no sean los más importantes en términos absolutos, serían los de Navarra y el País Vasco, que con solo el 1,4 y el 4,67% respectivamente de la población española (y unas tasas parecidas de litigiosidad) suponen el 20 y casi el 40% de los casos derivados a mediación penal. Hay otras CC.AA. en las que, desde un punto de vista comparativo, el esfuerzo en la implantación de los servicios de justicia restaurativa y mediación penal aparece bastante dimensionado en relación con el conjunto. Sería el caso de Murcia y de La Rioja, pero siempre «a costa» por así decirlo, de un gran número de CC.AA. en las que la justicia restaurativa y la mediación penal es desde el punto de vista cuantitativo una realidad puramente simbólica o directamente inexistente. En este grupo, desgraciadamente, se encuentra la Comunidad Autónoma de Aragón.

TABLA 3: Asuntos derivados a mediación penal de Juzgados de instrucción y Juzgados de lo penal

	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020	2021
Andalucía	216	159	183	125	112	45	71	98	79	0
Aragón	3	4	14	20	24	19	34	27	11	6
Asturias	0	0	0	0	0	5	39	29	4	0
Baleares	0	0	0	0	1	0	0	1	0	0
Canarias	0	0	0	0	0	0	0	0	1	1
Cantabria	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
Castilla y León	66	113	125	91	88	131	129	155	112	47
Castilla-La Mancha	6	11	37	32	13	2	12	0	0	2
Cataluña	597	633	475	533	676	1.133	940	901	693	847
C. Valenciana	19	11	97	76	85	96	109	55	16	29
Extremadura	0	0	0	0	1	0	0	0	0	0
Galicia	1	4	4	0	38	21	31	39	99	27
Madrid	92	45	131	108	96	118	187	153	79	96
Murcia	0	17	112	168	129	111	119	93	92	66
Navarra	166	168	264	245	295	379	427	425	494	581
País Vasco	808	1.278	1.159	1.148	1.009	1.022	805	863	771	1.090
La Rioja	54	36	54	26	14	39	32	26	34	14
TOTAL	2.028	2.479	2.655	2.572	2.581	3.121	2.935	2.865	2.485	2.841

Fuente: Elaboración propia a partir de datos del CGPJ.

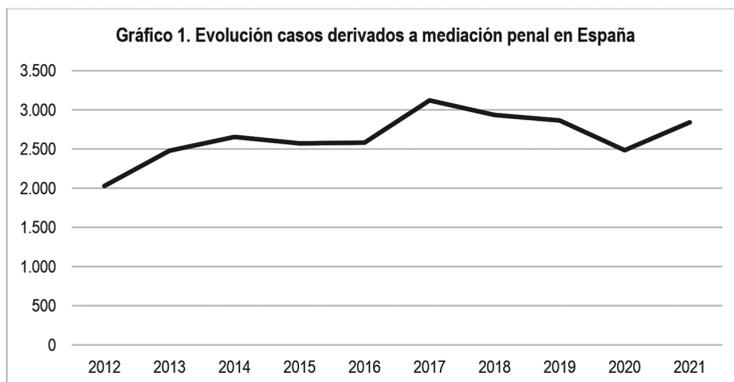


TABLA 4: Índice de mediación penal de las CC.AA. respecto al volumen global de casos en España (2021)

	% sobre el total de casos derivados a mediación en España	% de la población en España	% de asuntos ingresados en la jurisdicción penal
Cantabria	0,00	1,23	1,07
Asturias	0,00	2,13	1,82
Extremadura	0,00	2,23	1,82
Baleares	0,00	2,47	2,45
Canarias	0,03	4,58	6,05
Castilla-La Mancha	0,07	4,32	3,42
Aragón	0,21	2,80	2,64
La Rioja	0,49	0,67	0,44
Galicia	0,95	5,69	4,44
C. Valenciana	1,02	10,67	10,73
Castilla y León	1,65	5,03	4,15
Andalucía	2,32	17,88	22,78
Murcia	2,32	3,20	3,47
Madrid	3,38	14,25	12,94
Navarra	20,45	1,40	1,17
Cataluña	29,81	16,38	16,81
País Vasco	38,37	4,67	3,07

Fuente: Elaboración propia a partir de las estadísticas del CGPJ y estadísticas de población del INE.

TABLA 5: Volumen de casos derivados a mediación penal en relación con asuntos ingresados en la jurisdicción penal

	Aragón			Cataluña			Navarra			País Vasco		
	Asuntos penales ingresados	Casos derivados a mediación	%	Asuntos penales ingresados	Casos derivados a mediación	%	Asuntos penales ingresados	Casos derivados a mediación	%	Asuntos penales ingresados	Casos derivados a mediación	%
2014	135.366	12	0,09	905.169	1.731	1,91	75.523	277	3,67	176.850	1.557	8,80
2015	128.853	10	0,08	862.080	1.844	2,13	70.008	264	3,77	166.290	1.443	8,68
2016	80.951	11	0,14	456.431	1.961	4,30	33.975	314	9,24	87.357	1.231	14,09
2017	79.861	7	0,09	460.515	2.719	5,90	33.209	424	12,77	84.694	1.173	13,85
2018	78.832	49	0,62	471.294	2.645	5,61	32.309	494	15,29	85.964	356	4,14
2019	83.942	12	0,14	509.368	2.482	4,87	34.062	397	11,65	87.328	1.088	12,46
2020	64.947	0	0,00	422.511	2.016	4,77	29.866	314	10,51	74.491	1.066	14,31
2021	72.764	8	0,11	471.395	2.143	4,55	33.124	-	-	83.975	-	-

Fuente: Elaboración propia a partir de los datos estadísticos del CGPJ y las memorias de los servicios de mediación de las CC.AA.

(*) Asuntos penales ingresados: se excluyen los correspondientes a los juzgados de menores y de violencia de género.

De todos modos, las cifras que recogen las estadísticas del CGPJ tampoco coinciden exactamente con las de casos derivados a mediación —o en los que se solicita mediación (la terminología también es variable y puede conllevar matices)— que se muestran en los informes o memorias de los servicios correspondientes de las CC.AA. Pero, aunque tomemos esos datos, más generosamente (habida cuenta de que las cifras son superiores a las que hemos reseñado hasta el momento), las «tasas de acceso» siguen siendo bastante bajas. Como muestra la Tabla 5, si tomamos las CC.AA. con un mayor porcentaje de casos derivados a mediación, la «tasa de acceso» resulta bastante pequeña si comparamos tales casos con el volumen de asuntos ingresados en esas Comunidades en la jurisdicción penal (excluyendo de los mismos los relativos a los juzgados de violencia de género, en los que está prohibida la mediación, y los de menores, que constituyen una realidad diferente). El dato más alto correspondería a Navarra en 2018, en el que las derivaciones alcanzaron el 15 por mil de los asuntos ingresados, pero lo habitual es que las cifras sean más pequeñas. No son nada, si miramos a la realidad de la Comunidad aragonesa, en el que ni siquiera se llega al uno por mil (el máximo se alcanzaría también en el año 2018 y sería del 0,62%)

Es verdad que entre los «asuntos penales ingresados», tal como los hemos computado en la Tabla 5, pueden incluirse casos de violencia de género que sean juzgados por otros tribunales distintos a los especializados, o pueden recogerse casos de lo que llamaríamos «delitos sin víctima» o en los que esta no es una persona física fácilmente identificable y por lo tanto no son derivables a mediación (aunque ciertamente podrían ser objeto de otros procesos de restauración y reparación del daño). Para corregir esa posible desviación podríamos comparar los casos derivados a mediación con los hechos delictivos conocidos, pero en cualquier caso la diferencia entre los asuntos que llegan (o podrían llegar) a los tribunales penales y aquellos que son derivados a procesos de justicia restaurativa (como es la mediación) es enorme. Y más todavía en el caso de la Comunidad Autónoma de Aragón. En este último caso, además, como en el de otras CC.AA., lo llamativo no es sólo la insignificancia de las cifras en comparación con los delitos cometidos o los casos que llegan a los juzgados, sino la evolución que se ha producido en los últimos diez años, en los que lejos de consolidarse o avanzar, aunque fuera a un ritmo lento, el fenómeno de la justicia restaurativa ha ido decayendo hasta prácticamente desaparecer del escenario de los derechos de la víctima. Se puede apuntar también que, en Aragón, según la información publicada por el CGPJ (no muy actualizada) habría tan sólo 19 juzgados que «ofrecen» mediación penal (19). Sin embargo, en la última entrevista realizada a una

(19) En concreto, la página del CGPJ hace referencia a los siguientes: *En Zaragoza capital*: 5 juzgados de instrucción y 2 juzgados de lo penal; *en Zaragoza provincia*: 1 Juz-

mediadora de la asociación *¿Hablamos?* nos indicaba que este último año en Aragón solo ha derivado casos a mediación penal uno de los juzgados: el de Tarazona (provincia de Zaragoza).

V. EL ACCESO A LA JUSTICIA RESTAURATIVA Y LA MEDIACIÓN PENAL: LA TAREA DE SÍSIFO

Como se observa en los datos estadísticos, la mediación penal intrajudicial en España es un fenómeno muy desigual y bastante marginal. Muy pocas CC.AA. han apostado realmente por el desarrollo de servicios de justicia restaurativa. En la mayoría de los casos, la mediación en el ámbito penal ha quedado reducida a un experimento anecdótico en clara regresión, que se ha visto además doblemente afectado por las circunstancias de la pandemia y por los vaivenes políticos y la falta de interés institucional. Así, mientras en unos pocos casos la mediación parece institucionalizarse en el ámbito penal como un recurso para promover la justicia restaurativa, aunque sea minoritario desde el punto de vista cuantitativo, en la mayoría se trata de un fenómeno en retirada, mantenido artificialmente a base de proyectos piloto de corto recorrido que se suceden en el tiempo sin un objetivo claro (20). Esa deriva institucional se ve reforzada por una cultura profesional que ve con ciertas reticencias la introducción de la mediación en el ámbito penal y que convierte su implantación en una tarea propia de Sísifo: siempre recomenzando.

A pesar de los requerimientos de la Directiva 2012/29/UE, del Parlamento europeo y del Consejo, y de las propuestas de la Recomendación CM/Rec(2018)8 del Comité de Ministros, el acceso a los servicios de justicia restaurativa constituye en España no un derecho de las víctimas, sino un escaso privilegio de algunas de ellas, desigualmente repartido entre las CC.AA. y, dentro de la mayoría de ellas, entre unos pocos órganos jurisdiccionales. Como dicen algunos de los entrevistados en las investigaciones (Bernuz & García 2021), se trata de una «lotería» que muy pocos pueden disfrutar; y cada vez menos. Además, la traducción legislativa de la Directiva de 2012, a través del Estatuto de la Víctima (la Ley 4/2015) y de la creación de las Oficinas de Asistencia a la Víctima del Delito (el Real Decreto 1109/2015) no ha supuesto un impulso

gado en Daroca y 2 en Ejea de los Caballeros; en *Huesca capital*: 3 Juzgados de primera instancia e instrucción y 2 Juzgados de lo Penal; en *Huesca provincia*: 2 en Monzón, 3 en Barbastro y 1 en Boltaña; y en *Teruel capital*: 2 Juzgados de primera instancia e instrucción.

(20) BARONA VILAR (2017) denuncia esta situación de la mediación penal en España apoyada esencialmente en proyectos piloto. En Aragón, durante los últimos años se han llevado a cabo tres convocatorias seguidas de subvenciones por parte del Gobierno de la Comunidad Autónoma, para el desarrollo e implantación de programas piloto cuyo horizonte temporal era únicamente de nueve meses.

real de tales servicios y, en el caso de las OAV la experiencia parece centrarse mayoritariamente en la atención a las víctimas de delitos graves y, sobre todo, a las de violencia de género. Se trata de supuestos en los que bien por dificultad, reticencia o prudencia profesional (en el primer caso) o bien por la existencia de una prohibición legal (en el segundo), los casos no se derivan a mediación. Esa parece ser, al menos, la experiencia en la Comunidad aragonesa.

Son muchos los factores que pueden explicar estas divergencias sobre la puesta en marcha de la justicia restaurativa entre las distintas Comunidades autónomas, y que hacen que el acceso a la misma sea tan heterogéneo y, a la vez, tan complejo. De hecho, GAVRIELIDES (2017, 39-40) destaca que para las víctimas hay tres grandes barreras que les impiden acceder a la justicia restaurativa: a) la (no) disponibilidad de servicios de justicia restaurativa en la justicia penal; b) el escaso conocimiento de la justicia restaurativa (tanto por la ciudadanía, en general, como por los operadores jurídicos, en particular); y, c) los guardianes o «porteros» (*gatekeepers*) que condicionan y limitan ese acceso y la distribución del poder en el campo mismo de la justicia restaurativa.

De entrada, puede pensarse que algunas de las dificultades tienen que ver con la ausencia de estructuras o con la limitación de las competencias de algunas Comunidades Autónomas, que les impiden consolidar e institucionalizar servicios de justicia restaurativa. No obstante, otras CC.AA. sí han institucionalizado esos servicios mostrando que la no consolidación de la justicia restaurativa no es solo una cuestión competencial, sino que se le suman la falta de recursos o de capacidad/voluntad política. Parece claro que la falta de estructuras estables puede estar detrás de una falta de información general sobre la justicia restaurativa como vía alternativa para resolver conflictos y en particular en el ámbito penal. Algo que, a su vez, evita consolidar una cultura restaurativa. CARRASCOSA (2019, 165) apunta que «el mayor escollo que encuentra la implantación de la mediación es su desconocimiento». Y, en parte, porque la judicatura no asume que el ejercicio de la jurisdicción «va mucho más allá del “juzgar y hacer ejecutar las leyes”, la labor judicial es, por encima de todo, resolver conflictos, y en eso consiste la tutela judicial efectiva que nos encomienda nuestra Constitución» (CARRASCOSA, 2019, 169). De hecho, algunos autores entienden que la falta de cultura restaurativa y, a la postre, «la falta de información sobre programas de JR puede ser, en sí misma, una fuente de victimización» ya que no se permite a las víctimas optar ni decidir si quieren y en qué momento acudir a los mecanismos de justicia restaurativa (BOLÍVAR Y VANFRAECHEN, 2015, 1453) (21).

(21) De hecho, el estudio de GAVRIELIDES (2017, 30) muestra que casi el 77% de las víctimas que participaron en la investigación no habían sido informadas sobre la opción de la justicia restaurativa. Del 23% al que sí se le ofreció, aceptó el 79%. La satisfacción de los participantes fue del 85%.

También un determinado concepto restrictivo de justicia restaurativa puede estar condicionando la derivación de casos a los servicios de mediación. Como ya sabemos, la ley solo prohíbe la mediación en los supuestos de violencia de género. Sin embargo, se apunta a que la justicia restaurativa «parece no estar considerando de manera suficiente las necesidades de las víctimas (...) se ha focalizado en delitos menores, procesos más rápidos y principalmente centrados en el resultado, poniendo en riesgo la centralidad de la víctima en el proceso» (BOLÍVAR Y VANFRAECHEN, 2015, 1440). Esto es algo que se verifica fácilmente en las entrevistas y grupos realizados en otras investigaciones, que apuntan a la creencia de los operadores judiciales de que cuando estamos ante un delito grave solo cabe juzgar y seguir el procedimiento (BERNUZ & GARCÍA, 2021, 14). También puede ocurrir que no vean clara la oportunidad de estos mecanismos en un delito determinado o en ciertas circunstancias. Entre ellas, apuntan al «temor del facilitador a manejar un conflicto difícil», las «preconcepciones acerca de lo que debe o no ser una víctima de delito», «la tendencia de profesionales a tomar decisiones en nombre de las víctimas, por (creer) saber lo que es bueno para ellas», o la «dificultad para visualizar la posibilidad de participación de víctimas de delitos serios en justicia restaurativa, especialmente de delitos sexuales» (BOLÍVAR Y VANFRAECHEN, 2015, 1450).

Aparte de la idea que en la cultura judicial se tiene sobre el tipo de conflictos «mediables», también condicionan el acceso a la mediación las razones que los mediadores, los operadores judiciales, y las víctimas y agresores dan para acudir a justicia restaurativa. Entre esas razones están, por ejemplo: agilizar y cerrar el procedimiento penal para que no se prolongue en el tiempo; evitar un procedimiento que por su escenografía y dinámica procesal puede ser duro para la víctima; reparar de forma significativa el daño para ambas partes participando en la concreción de las medidas necesarias para hacerlo; evitar consecuencias negativas del proceso penal para el agresor (antecedentes); intentar solucionar los conflictos enquistados de raíz entre personas que tienen que seguir conviviendo durante mucho tiempo; o ayudar al agresor a responsabilizarse del daño. Es preciso tener en cuenta estas razones para evitar procesos de victimización secundarios. Cuando no se perciben los mecanismos de justicia restaurativa como un recurso que dé respuesta práctica a esas cuestiones, estos pueden convertirse o ser vistos (puede que injustamente) como otro recoveco o variante burocrática del proceso que es preciso evitar. Así, las víctimas y mediadores apuntan, entre otras, como causas posibles de victimización institucional el trato recibido, la información escasa o mal entendida, las falsas expectativas, la cantidad de veces que es preciso acudir a sesiones de mediación, o que haya que volver al proceso penal porque el agresor se desdice en el último momento para luego conformarse.

También hay que apuntar que el acceso a la justicia restaurativa debe ser facilitado por profesionales con sensibilidad suficiente para apreciar qué

probabilidades de éxito tiene el procedimiento. Ello requiere una formación adecuada y contar con recursos que permitan adaptar los métodos restaurativos a las necesidades de las partes en conflicto. Precisamente, el artículo 15 del EV hace referencia a la competencia de las personas facilitadoras para que el proceso sea adecuado y no genere «perjuicios materiales o morales». Francés indica que se echa en falta «la mención a la formación de las personas mediadoras y alguna referencia al Estatuto del mediador, del que se derivan otros principios fundamentales de la mediación como son la neutralidad, objetividad e imparcialidad» (FRANCÉS, 2018, 29). Es importante tener en cuenta esta cuestión porque también los procesos restaurativos pueden generar revictimización secundaria (BERNUZ & GARCÍA, 2021, 17-22).

Entre los principios que favorecen el acceso a la justicia restaurativa, hay algunos que no se citan explícitamente por la normativa. Así, por ejemplo, no se hace referencia a la cuestión de la gratuidad del proceso de mediación, lo que implica, como indica FRANCÉS (2018, 28) «la necesidad de creación de partidas presupuestarias específicas para este servicio e independientes a aquellas destinadas a las Oficinas de Atención a la víctima». Tampoco se hace referencia a la flexibilidad para que el proceso y los métodos puedan adaptarse al caso a resolver y a las partes en conflicto. Indica la autora que esto implica «que las pautas a seguir se convienen en cada caso por el mediador y las partes al inicio del proceso, incluida su duración» (FRANCÉS, 2018, 29). Aunque pueda parecer que se va fuera del objetivo de nuestro artículo, FRANCÉS (2018, 32-33) recuerda que el acceso de la víctima a la justicia restaurativa, no supone apartar las pretensiones de esta misma justicia para el agresor. Entiende que el desarrollo de la justicia restaurativa en el marco de políticas criminales populistas puede dar lugar a un victimismo que no fomenta la pacificación del conflicto, ni la reparación de las víctimas. De hecho, entiende que la referencia a la superioridad moral de la víctima puede ser contraria al principio de igualdad y, se podría añadir, a la dignidad de las personas (L 4/2015, E.M, VI).

VI. REFERENCIAS

- ÁLVAREZ SUÁREZ, Laura (2021): «La mediación penal como manifestación del denominado “principio de oportunidad”: ¿Debería replantearse el legislador su veto a las víctimas de violencia de género?», *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos* 3, 171-204.
- ARMENTA DEU, Teresa (2018): «Justicia restaurativa, mediación penal y víctima: vinculación europea y análisis crítico», *Revista General de Derecho Europeo* 44, 204-243.
- BARONA VILAR, Silvia (2017): «Esquizofrenia en la justicia penal: entre el expansivo derecho penal, la búsqueda de la minimización del proceso y el impulso

- de la mediación penal», en J. Sigüenza y G. García-Rostán (dirs.), *Estudios sobre mediación y arbitraje desde una perspectiva procesal*, Pamplona: Aranzadi, 1-31.
- (2019): «Mirada restaurativa de la justicia penal en España: una bocanada de aire en la sociedad global líquida del miedo y de la securitización», en H. SOLETO y A. CARRASCOSA (dras.), *Justicia restaurativa: una justicia para las víctimas*, Valencia: Tirant lo Blanch, 55-94.
- BERNUZ BENEITEZ, M^o José (2014): «Las posibilidades de la justicia restaurativa en la justicia de menores (española)», *RECPC* 16-14, 1-27.
- BERNUZ BENEITEZ, M^o José y GARCÍA INDA, Andrés (2019): «Justicia restaurativa y mediación penal intrajudicial en Aragón: condiciones, resistencias e incertidumbres», *Oñati Socio-Legal Series* 9(6), 951-982.
- (2021): *La efectividad de la mediación penal en Aragón: la realidad y el deseo*, Zaragoza: Universidad de Zaragoza/ Hablamos?
- BOLÍVAR, Daniela y VANFRAECHEN, Inge (2015): «Víctimas en justicia restaurativa: ¿sujetos activos o en necesidad? Un estudio europeo desde la perspectiva de operadores sociales», *Universitas Psychologica* 14(4), 1437-1458.
- BORGES BLÁZQUEZ, Raquel (2022): «Violencia de género y mediación penal: ¿condenadas a entenderse?», en S. BARONA VILAR (ed.), *Meditaciones sobre mediación (MED+)*, Valencia: Tirant lo Blanch, 551-575.
- CALVO SOLER, Raúl (2018): *Justicia juvenil y prácticas restaurativas: trazos para el registro de programas y para su implementación*, Barcelona: Ned.
- CANO SOLER, M^o Ángeles (2015): *La mediación penal*, Cizur Menor: Aranzadi.
- CARIO, Robert, MANNOZZI, G., HAGEMANN, O., CAMPSTOL, C., TAMARIT, J.M. y VARONA, G. (2018): «La Recomendación (2018) 8 del Consejo de Europa sobre Justicia restaurativa en asuntos penales. El caso de Francia, Italia, Alemania, Suiza y España», *Revista de Victimología* 8, 125-184.
- CARRASCO ANDRINO, Mar (2020): «Justicia restaurativa: posibilidades a la luz del estatuto de la Víctima», en M^o DEL MAR ANDRINO y M^o DEL MAR MOYA, *Víctimas de delitos: Modelos de actuación integral*, Valencia: Tirant lo Blanch, 249-291.
- CARRASCOSA DE MIGUEL, Ana (2019): «La realidad de la mediación penal en España. Las guías para la práctica de la mediación editadas por el CGPJ», en H. SOLETO y A. CARRASCOSA (dras.), *Justicia restaurativa: una justicia para las víctimas*, Valencia: Tirant lo Blanch, 149-172.
- DÍAZ CABIALE, José Antonio y CUETO MORENO, Cristina (2022): «Víctimas, ofendidos y perjudicados: concepto tras la LO 8/21», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* 24-04, 1-49.
- DOMINGO DE LA FUENTE, Virginia (2017): «Justicia restaurativa como derecho de las víctimas», *Revista Jurídica de Castilla y León* 41, 137-160.

- FERRAJOLI, Luigi (1995): *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid: Trotta.
- FRANCÉS LECUMBERRI, Paz (2018): «La justicia restaurativa y el art. 15 del Estatuto de la víctima del delito ¿un modelo de justicia o un servicio para la víctima?», *Revista electrónica de ciencias criminológicas* 3, 1-39.
- GALLARDO GARCÍA, Rosa M. (2021): «Mediación penal y violencia de género», *Revista Electrónica de Estudios penales y de la Seguridad* 7, 1-17.
- GAVRIELIDES, Theo (2017): «The victim's Directive and what victims want from restorative justice», *Victims & Offenders* 12, 21-42.
- GONZÁLEZ CANO, María Isabel (2015): *La mediación penal: hacia un modelo de ADR integrado en el sistema procesal penal*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- (2019): «Breve reflexión sobre los avances de la Unión Europea en materia de mediación penal», en H. SOLETO y A. CARRASCOSA (dras.), *Justicia restaurativa: una justicia para las víctimas*, Valencia: Tirant lo Blanch, 39-53.
- HERNÁNDEZ MOURA, Belén (2019): «El papel de las Oficinas de Asistencia en la satisfacción de los intereses de las víctimas», en H. SOLETO y A. CARRASCOSA (dras.), *Justicia restaurativa: una justicia para las víctimas*, Valencia: Tirant lo Blanch, 521-553.
- JOHNSTON, Gerry y VAN NESS, Daniel (2007): *Handbook of restorative justice*, Cullompton: Willan.
- MARTÍNEZ SÁNCHEZ, Cristina (2020): «El proceso de mediación penal en la Justicia de adultos. Desarrollo y aplicaciones en Aragón», en J. L. Argudo (coord.), *Guía de la Mediación en Aragón*. Vol. 2, Zaragoza: Comuniter, 479-534.
- MIGUEL BARRIO, Rodrigo (2020): «La justicia restaurativa a tenor del artículo 15 del Estatuto de la víctima y la necesidad de incluir otras prácticas: los círculos restaurativos», *Revista de Victimología* 10, 71-98.
- PIÑEROA SIERRA, Carlos (2022a): «En defensa de la justicia restaurativa en Aragón», en Id., *Vivir lo inesperado*, Zaragoza: Sibirana, 71-174.
- (2022b): «El desastre de la mediación penal en Aragón», en Id., *Vivir lo inesperado, op. cit.*, 175-177.
- PIÑEROA SIERRA, Carlos; VALIMAÑA TORRES, Susana; MATEO MARTÍNEZ DE ALBORNOZ, Ana (2011): *El valor de la palabra que nos humaniza. Seis años de Justicia Restaurativa en Aragón*, Zaragoza: Asociación ¿hablamos?
- PÉREZ FERRER, Fátima (2020): «Luces y sombras sobre la aplicación práctica del Estatuto de la víctima del delito», *Anales de Derecho* 1, 1-28.
- REBOLLO REVESADO, Sonia (2021): *Prospectiva de la mediación penal: un análisis de la teoría a la práctica*, Cizur Menor: Aranzadi.

- SEMPERE FAUS, Silvia (2022): «El derecho de acceso a los servicios de Justicia restaurativa: unos apuntes sobre el tratamiento de la mediación penal a la luz del estatuto de la Víctima del Delito y el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento criminal 2020», en S. BARONA VILAR (ed.), *Meditaciones sobre mediación (MED+)*, Valencia: Tirant lo Blanch, 465-501.
- SOLETO, Helena (2019): «Justicia restaurativa para la mejor reparación a la víctima», en H. SOLETO y A. CARRASCOSA (dras.), *Justicia restaurativa: una justicia para las víctimas*, Valencia: Tirant lo Blanch, 491-520.
- STRANG, Heather y BRAITHWAITE, John (Eds.) (2002): *Restorative Justice and Family Violence*, Cambridge: Cambridge University Press.
- SUBIJANA ZUNZUNEGUI, Ignacio, PORRES GARCÍA, Izaskun y SÁNCHEZ RECIO, Marta (2015): «El modelo de justicia restaurativa: una propuesta de aplicación tras la entrada en vigor de la Ley 4/2015 del Estatuto de la víctima del delito», *Revista de Victimología 2*, 1-26.
- SUBIJANA ZUNZUNEGUI, Ignacio José (2017): «El modelo de justicia restaurativa tras la ley 4/2015 del Estatuto de la víctima del delito», *Cuadernos penales José María Lidón 13*, 139-175.
- TAMARIT SUMALLA, Josep M. (2020): «El lenguaje y la realidad de la justicia restaurativa», *Revista de Victimología 10*, 43-70.
- TIERNO BARRIOS, Selena (2022): «El estado de la mediación penal en violencia de género en España: El debate de una prohibición», *Revista General de Derecho Procesal 56*, 1-32.
- VARONA MARTÍNEZ, Gema (2020): «Justicia restaurativa digital, conectividad y resonancia en tiempos del COVID-19», *Revista de Victimología 10*, 9-42.
- VILLACAMPA, Carolina (2020): «Justicia restaurativa en supuestos de violencia de género en España: situación actual y propuesta político-criminal», *Política Criminal 15(29)*, 47-75.
- WALKLATE, Susan (2016): «Justicia restaurativa: ¿terapia y/o reconciliación?», *Revista de Victimología 4*, 83-104.

LA NOCIÓN DE AGRUPACIÓN JURÍDICA DE EMPRESAS A EFECTOS DE CONTRATACIONES PÚBLICAS EUROPEAS EN EL MARCO DE LOS FONDOS EUROPEOS *NEXT GENERATION*^(*)

JAVIER GUILLEM CARRAU

Doctor en Derecho, letrado de Les Corts Valencianes en servicios especiales

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.– II. EMPRESA Y GRUPO DE EMPRESAS EN DERECHO EUROPEO ANTE LAS LICITACIONES PÚBLICAS: EL CONCEPTO DE «AGRUPACIÓN JURÍDICA»: 1. La noción jurídica de empresa y grupo de empresa en Derecho europeo. 2. Las empresas vinculadas y la «influencia dominante» en la Directiva 2014/24/UE.– III. CONCEPTO DE «AGRUPACIÓN JURÍDICA» EN LAS LICITACIONES PÚBLICAS: AUTO DEL TJCE DE 20 DE ABRIL DE 2009: 1. Hechos que dan lugar al pronunciamiento. 2. Posiciones de las partes. 3. Criterios para apreciar la existencia de «agrupación jurídica».– IV. CONSIDERACIONES FINALES.– V. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: Ante la necesidad de incrementar los mecanismos de cooperación y coordinación público-privada, el concepto de ‘agrupación jurídica’ puede ofrecer ciertas soluciones a las situaciones de programación, desarrollo y ejecución de los fondos europeos, en la interpretación en el presente periodo de programación.

Palabras clave: cooperación público-privada; CPP; fondos europeos; agrupación jurídica.

RESUMEN: Ante la necesidad de incrementar los mecanismos de cooperación y coordinación público-privada, el concepto de ‘agrupación jurídica’ puede ofrecer ciertas soluciones a las situaciones de programación, desarrollo y ejecución de los fondos europeos, en la interpretación en el presente periodo de programación.

Key words: public-private partnerships; PPP; european funds; legal group.

I. INTRODUCCIÓN

Por su dimensión presupuestaria y su impacto esperado en los tejidos económicos de los Estados miembros, los fondos europeos para el periodo 2021-2027 han tenido un gran impacto mediático y jurídico.

(*) Trabajo recibido en esta REVISTA con fecha 15/03/2022 y evaluado favorablemente para su publicación el 18/04/2022.

Señala GIMENO FELIU los fondos europeos plantean interrogantes que exigen, entre otras respuestas, una nueva cultura de la colaboración público-privada (siempre justificada y debidamente alineada con el fin de favorecer el nivel óptimo de gestión desde la perspectiva pública de garante) basada en la lógica del *win/win* y de la rendición de cuentas como herramientas al servicio de la buena administración (1).

Tradicionalmente, apunta NAVARRO MOLINÉS, por ejemplo, en materia patrimonial o contractual la colaboración público-privada se asentaba sobre una serie de realidades que distan en demasía respecto los deseos anhelados en el actual marco. Así, continúa NAVARRO MOLINÉS se requiere de estructuras que, tanto directamente ellas mismas (consorcios, agencias estatales, estructuras societarias de capital de economía mixta...) como las partes que las conforman tengan la capacidad financiera y la seguridad jurídica para el desarrollo de proyectos en escenarios que deben hacerse conciliar con el derecho de la competencia, proclamado en los artículos 107 y 108 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y el régimen jurídico de Ayudas de Estado (2).

En todo caso, la colaboración público-privada no sólo es una garantía de la aplicación del Derecho de la UE sino que, simultáneamente, puede constituirse en un elemento fundamental en la eficiencia del gasto público es el control de los errores financieros y presupuestarios en las Administraciones. En el ámbito europeo, es importante tanto la correcta ejecución de lo presupuestado como la minimización de los riesgos financieros que se puedan generar para el presupuesto (3).

En el periodo 2021-2027, *Next Generation EU* se configura como un instrumento temporal de recuperación tras la pandemia COVID-19. Su elemento central es el Mecanismo de Recuperación y Resiliencia que se articula a través de Planes nacionales de cada Estados Miembro y la Ayuda a la Recuperación para la Cohesión y los Territorios de Europa (REACT-UE) que se articula a través del Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER), del Fondo Social Europeo (FSE) y del Fondo de Ayuda Europea para las Personas Más Desfavorecidas (FEAD). Otro componente relevante en el contexto del *Next Generation EU* se pone de manifiesto con la existencia del Fondo de transición justa (4).

(1) J. M^o GIMENO FELIU (2021^o, p. 33).

(2) G. NAVARRO MOLINÉS (2021, p. 88 y 89).

(3) J. GUILLEM CARRAU (2017, p. 161).

(4) Estos fondos se encuadran en el siguiente marco legal: Reglamento (UE) 2021/241 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de febrero de 2021 por el que se establece el Mecanismo de Recuperación y Resiliencia OJ L 57, 18.2.2021; Reglamento (UE) 2020/2094 del Consejo de 14 de diciembre de 2020 por el que se establece un Instrumento de Recuperación de la Unión Europea para apoyar la recuperación tras la crisis de la COVID-19 OJ L 433I, 22.12.2020; Reglamento (UE) 2021/1056 del Parlamento Europeo y del Consejo,

En este periodo se produce una dicotomía respecto a la protección de los intereses financieros de la UE. Hasta la fecha, los fondos europeos descansan en una estructura básica donde, periodo tras periodo de programación, los Estados asumían el principal protagonismo competencial en lo relativo a la ejecución de los Fondos, atribuyéndoles el legislador europeo las responsabilidades correspondientes de gestión, control y auditoría (5). Esto es, las intervenciones en materia de fondos estructurales y de inversión eran objeto de una gestión denominada «compartida», en la que son las autoridades de los Estados miembros y los organismos designados por éstos quienes se sitúan en primera línea de la responsabilidad de una buena gestión financiera (6). En cambio, en el marco del Mecanismo de Recuperación y Resiliencia, al ser definido como de gestión directa de la Comisión (artículo 8) es la Comisión la que controla directamente al Estado como receptor del Fondo y, para ello, se determina que el Acuerdo de Préstamo con el Estado miembro recogerá el derecho de la Comisión a reducir proporcionalmente la ayuda en el marco del Mecanismo y a cobrar todo importe adeudado al presupuesto de la Unión o a solicitar el reembolso anticipado del préstamo en caso de fraude, corrupción o conflicto de intereses que afecte a los intereses financieros de la Unión y que no haya corregido el Estado miembro, o en caso de incumplimiento grave de alguna obligación derivada de dichos acuerdos (artículos 15 y 22).

Este periodo de programación 2021-2027 se pone una vez más de manifiesto la necesidad de incrementar los mecanismos de cooperación público privada, no sólo al respecto de la fase previa de la redacción de los proyectos

de 24 de junio de 2021, por el que se establece el Fondo de Transición Justa; Reglamento (UE) 2021/1057 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de junio de 2021, por el que se establece el Fondo Social Europeo Plus (FSE+) y por el que se deroga el Reglamento (UE) n.º 1296/2013; Reglamento (UE) 2021/1058 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de junio de 2021, relativo al Fondo Europeo de Desarrollo Regional y al Fondo de Cohesión; Reglamento (UE) 2021/1059 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de junio de 2021, sobre disposiciones específicas para el objetivo de cooperación territorial europea (Interreg) que recibe apoyo del Fondo Europeo de Desarrollo Regional y de los instrumentos de financiación exterior; Reglamento (UE) 2021/1060 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de junio de 2021, por el que se establecen las disposiciones comunes relativas al Fondo Europeo de Desarrollo Regional, al Fondo Social Europeo Plus, al Fondo de Cohesión, al Fondo de Transición Justa y al Fondo Europeo Marítimo, de Pesca y de Acuicultura, así como las normas financieras para dichos Fondos y para el Fondo de Asilo, Migración e Integración, el Fondo de Seguridad Interior y el Instrumento de Apoyo Financiero a la Gestión de Fronteras y la Política de Visados; así como el Reglamento (UE, EURATOM) 2020/2093 del Consejo de 17 de diciembre de 2020 por el que se establece el marco financiero plurianual para el periodo 2021-2027. Es importante en este contexto las Conclusiones del Consejo Europeo en su reunión extraordinaria del Consejo Europeo (17, 18, 19, 20 y 21 de julio de 2020). Véase al respecto G. NAVARRO MOLINÉS (2021, p. 44).

(5) J. FUENTETAJA (2015, p. 517).

(6) J. GUILLEM CARRAU (2018, p. 281) (2017, p. 54).

estratégicos y de las convocatorias subsiguientes para las cuales la administración en muchas ocasiones precisará de asistencia técnica sino también, una vez realizadas las convocatorias, para la presentación de proyectos, propuestas y acciones elegibles y se ejecuten los contratos por los adjudicatarios.

En el Real Decreto Ley 36/2020, de 30 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la modernización de la Administración Pública y para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia se contempla como nuevo mecanismo de colaboración público-privada los Proyectos Estratégicos para la Recuperación y la Transformación Económica (PERTE), estableciéndose adicionalmente las agrupaciones de personas físicas y jurídicas sin personalidad jurídica, los consorcios y las sociedades de economía mixta, sin que dichos instrumentos sean los únicos a utilizar estableciéndose con carácter general cualquier instrumento contemplado que permita la colaboración público-privada (7).

Así, en el ámbito de la contratación, se plantea la necesidad de que agrupaciones de empresarios puedan concurrir a licitaciones públicas en el marco del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia para la ejecución de los fondos europeos aprobado por el Consejo de ministros el 27 de abril de 2021.

En este escenario jurídico, el interés de este trabajo reside en que se propone explorar el concepto de «agrupación jurídica» de Derecho de la UE en el sentido recogido por el legislador europeo y en consonancia con la interpretación realizada por el Tribunal de Justicia de la Unión (8).

La razón de este interés radica, en el contexto de la contratación pública europea, en que el concepto de «agrupación jurídica» persigue, en primer lugar, la posibilidad de explorar nuevas formas de colaboración jurídica entre «lo público» y «lo privado» que vayan más allá de las típicas Uniones Temporales de Empresas, los consorcios, las sociedades de economía mixta (9), las encomiendas de gestión, las concesiones, los contratos de servicios, etc.; y que, igualmente, dichas formas de colaboración jurídica tengan más incentivo

(7) Sobre el citado RD y el carácter restrictivo de los preceptos relativos a las estructuras de gobernanza o a las herramientas de colaboración público-privada, véase J. ESTEBAN RÍOS (2021, p. 256) y I. LINARES MUÑAGORRI y I. BARQUERO SOLANES (2021, p. 300) y el estudio exhaustivo sobre la CPP y los Perte de B. MONTES SEBASTIÁN, B (2021).

(8) Auto del Tribunal de Justicia (Sala Séptima) de 20 de abril de 2007 – TEA-CEGOS y STG/Comisión (Asunto C189/06 P) ECLI:EU:C:2007:242.

(9) Véase nuevos Proyectos Estratégicos para la Recuperación y Transformación Económica (PERTE) bajo las sociedades de economía mixta para los contratos de concesión de obras o servicios estén o no sujetos a regulación armonizada y, en particular, los artículos 10 y 69 del Real Decreto-ley 36/2020, de 30 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la modernización de la Administración Pública y para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, BOE núm. 341, de 31 de diciembre de 2020. Véase al respecto, J. M^o GIMENO FELIU (2021).

para la empresa privada; y, a su vez, en segundo lugar, el interés reside en que el concepto de ‘agrupación jurídica’ se consolida como una habilitación para la Administración contratante para revisar que se respetan las condiciones de competencia y no se produzcan situaciones de conflictos de intereses, de las identificadas como bid-rigging, que puedan alterar el resultado de las convocatorias de contratación pública o que pongan en riesgo la garantía el artículo 107 del Reglamento financiero, que tiene como finalidad prevenir los conflictos de intereses, pretende garantizar la independencia en sentido amplio de los licitadores frente a otros potenciales participantes, ya sea desde un punto de vista estructural o funcional (10).

II. EMPRESA Y GRUPO DE EMPRESAS EN DERECHO EUROPEO ANTE LAS LICITACIONES PÚBLICAS: EL CONCEPTO DE «AGRUPACIÓN JURÍDICA»

La garantía del respeto al Ordenamiento europeo en los procedimientos administrativos incluye, en particular, el principio de buena administración, que abarca el deber de la Institución competente de examinar cuidadosa e imparcialmente todos los aspectos de cada procedimiento (11).

En dicho marco, el Auto objeto de análisis permite conocer la interpretación que realiza la jurisprudencia europea de la noción de «agrupación jurídica» a los efectos de tenerla en cuenta en las licitaciones efectuadas por la Comisión Europea y en el marco del Reglamento financiero (12).

En dicho Auto, asunto C-186/06P (13), el Tribunal validó las actuaciones realizadas por la Comisión europea consistentes en recabar informaciones complementarias de las empresas que se presentaron a una licitación y rechazar dos candidaturas que se encontraban en conflicto de intereses al contar con dos Institutos conexos en cada una (asuntos acumulados T— 376/05 y T-383/05).

(10) Véase, en este sentido, Sentencia del Tribunal General de 9 de abril de 2019, *Sopra/Parlamento Europeo*, T-182/15, ECLI:EU:T:2019:228, apartados 78 y 79 y su cita al Auto de 20 de abril de 2007, *TEA-CEGOS y STG/Comisión*, C189/06 P, EU:C:2007:242, apartado 28.

(11) Sentencia de 15 de marzo 2012, *Evropaiki Dynamiki/ Comisión Europea*, T-236/09, ECLI:EU:T:2012:127, apartado 45 y la cita a la Sentencia de 14 de febrero de 2006, *TEA-CEGOS y otros/Comisión*, T376/05 y T383/05, EU:T:2006:47, apartado 76.

(12) Reglamento (CE, Euratom) n° 1605/2002, del Consejo, de 25 de junio de 2002, por el que se aprueba el Reglamento financiero aplicable al presupuesto general de las Comunidades Europeas (DO L 248, p.1)— el Reglamento financiero, en adelante— y Reglamento (CE, Euratom) n° 2342/2002 de la Comisión, de 23 de diciembre 2002, sobre normas de desarrollo del Reglamento financiero (DO L 357).

(13) *Vid.* Nota pie número 8.

Para avanzar en la noción de «agrupación jurídica» en el sentido propuesto por la jurisprudencia europea se hace preciso revisar, aunque sea a mero título enunciativo, los conceptos de empresa y grupo de empresa en Derecho europeo, así como el de empresas vinculadas e influencia dominante.

Esta tarea permitirá deslindar de una manera más clara las particularidades de la «agrupación jurídica» y las posibilidades que la misma ofrece en derecho de la contratación pública europea. Así, el interés del Auto que a continuación se analiza reside en la utilidad que pueden tener los razonamientos empleados para identificar, a la luz del concepto conflicto de intereses del Reglamento financiero, la «agrupación jurídica» desde un punto de vista funcional y estructural y la jerarquía que establece la Comisión entre dichos puntos de vista, confirmada tanto por el Tribunal General como por el Tribunal de Justicia. Estas consideraciones pueden ser de gran utilidad, en el ámbito interno, ante lo dispuesto en la Ley de Contratos de la Administración Pública y la noción de grupo empresarial efectuada por la doctrina mercantil.

1. La noción jurídica de empresa y grupo de empresa en Derecho europeo

Es conocido que el concepto europeo de empresa abarca la definición de empresa como entidad económica y como entidad jurídica (14). Este concepto de empresa a escala europea no es neutro y no se puede afirmar que proceda una remisión a lo dispuesto en los ordenamientos jurídicos nacionales. De 1952 a 1968, las autoridades europeas rechazaron dar un contenido jurídico original a la noción de empresa. Esto es, en un inicio, la empresa coincide con la noción jurídica de persona física o jurídica (15) Posteriormente la aplicabilidad de los artículos 85 y 86 TCE en relación con los acuerdos intergrupos o las prácticas de grupos respectivamente hace evolucionar hacia el reconocimiento de la empresa en tanto que realidad separada de la personalidad jurídica (16).

Actualmente, es jurisprudencia reiterada que el concepto de empresa comprende, en el contexto del Derecho europeo de la competencia, cualquier entidad que ejerza una actividad económica, con independencia del estatuto jurídico de dicha entidad y de su modo de financiación (17). Además, el Tribunal de Justicia también ha precisado que, en este mismo contexto, debe

(14) En el mismo sentido se manifiesta el TJCE en la Sentencia de 14 de diciembre 2006, asunto CEPSA, C-207/05, apartados 39 y 40.

(15) Sentencia TJCE de 13.7.66, Grundig, asuntos 56 a 58/64.

(16) Decisión de la Comisión en el asunto Scott Paper, DOCE C110 de 24.10.1968 y en el asunto Continental Can de 9 diciembre 1971, y más recientemente, Sentencia TJCE de 13 de julio 1994, asunto Carton).

(17) Sentencias de 23 de abril de 1991, Höfner y Elser, C 41/90, Rec. p. I 1979, apartado 21, y de 11 de julio de 2006, FENIN/Comisión, C 205/03 P, Rec. p. I 0000, apartado 25.

entenderse que el concepto de empresa designa una unidad económica desde el punto de vista del objeto del acuerdo de que se trate, aunque, desde el punto de vista jurídico, esta unidad económica esté constituida por varias personas físicas o jurídicas (18).

De este modo, el criterio de actividad económica se define de manera positiva por la existencia de dicha actividad económica (19), independientemente del carácter lucrativo o no de la actividad y del modo de financiación (20). Designa, así, una unidad económica, aunque, desde el punto de vista jurídico, dicha unidad económica esté constituida por varias personas físicas o jurídicas (21). Esta unidad económica consiste en una organización unitaria de elementos personales, materiales e inmateriales que persigue de manera duradera un fin económico determinado (22).

Este criterio de actividad económica encuentra dificultades en relación con las actividades intelectuales y las actividades públicas. Las primeras son actividades empresariales sujetas a la norma de la competencia por cuanto la actividad empresarial no se define de manera determinante por la búsqueda del lucro más por la explotación comercial de los derechos. Las segundas se consideran actividades empresariales por los criterios de transparencia, actividad social y la prerrogativa de poder público. Esto es así porque la aplicabilidad de los artículos 101 y 102 TFUE (Tratado de Funcionamiento de la UE) se justifica en virtud de la actividad y de la finalidad de la actividad empresarial y no tanto de la personalidad jurídica del operador.

En cuanto al criterio de la actividad económica como clave para el concepto de empresa, éste se manifiesta por medio de la unidad de interés (23) y de unidad en el sentido de organización y autonomía de decisión (24). Este

(18) Sentencia de 12 de julio de 1984, Hydrotherm, 170/83, Rec. p. 2999, apartado 11.

(19) Sentencia TJCE de 19 enero 1994, asunto Eurocontrol, C-364/92, Rec. 1541.

(20) Sentencia TJCE de 23 abril 1991, asunto Höfner, C-41/90, Rec. 1979; de 17 febrero 1993, C-159 y 160/91, asunto Poucet, Rec. 637; y de 11 de julio de 2006, FENIN/Comisión, C205/03 P, Rec. p. 10000, apartado 25).

(21) Sentencias de 10 de septiembre de 2009, Akzo Nobel y otros/Comisión, C-97/08 P, EU:C:2009:536, apartados 54 y 55, y de 27 de abril de 2017, Akzo Nobel y otros/Comisión, C-516/15 P, EU:C:2017:314, apartados 47 y 48).

(22) Sentencia de 1 de julio de 2010, Knauf Gips/Comisión, C-407/08 P, EU:C:2010:389, apartados 84 y 86.

(23) Sentencia TJCE de 12 de junio 1994, asunto Hydrotherm, C-170/83, Rec. 1999; y de 19 enero 1994, asunto Eurocontrol, C-364/92, Rec. 1541.

(24) Sentencia TJCE de 14 de julio de 1972, ICI/Comisión, 48/69, Rec. p. 619, apartado 140 y de 10 de marzo 1992, asunto T-11/89, Rec. 1523. Sentencia TJCE de 23 abril 1991, asunto Höfner, C-41/90, Rec. 1979; de 17 febrero 1993, C-159 y 160/91, asunto Poucet, Rec. 637; y de 11 de julio de 2006, FENIN/Comisión, C 205/03 P, Rec. p. 10000, apartado 25; Sentencia TJCE de 12 de junio 1994, asunto Hydrotherm, C-170/83, Rec. 1999).

criterio responde al necesario reconocimiento de los grupos de interés y a los acuerdos intergrupos que escapaban a la aplicación del artículo 101 TFUE. Asimismo, el poder económico de grupo empresarial permite a una aplicación más rigurosa de las normas de competencias es un ejemplo más de ello (25). Junto a ello, la noción de grupo de empresas en Derecho Europeo ha sido ampliamente estudiada y analizada por la doctrina académica (26).

Como señala el Tribunal en el asunto C-882/19, en el marco de una cuestión prejudicial en materia de derecho de la competencia, procede señalar igualmente que la organización de los grupos de sociedades que pueden constituir una unidad económica puede variar mucho de un grupo a otro. Existen, en particular, grupos de sociedades del tipo «conglomerado» que actúan en varios ámbitos económicos sin relación alguna entre sí (27).

En cierta manera, la existencia de una definición europea de empresa se explica por la importancia dada por el derecho europeo a la realidad más que a la forma jurídica que la viste: lo jurídico constituye un medio al servicio del desarrollo económico. En paralelo, en Derecho europeo, para definir grupos empresariales se acude al criterio de la unidad de decisión que se

(25) Una manifestación de ello es la Sentencia de 6 de octubre de 2021, dictada en el marco de la cuestión prejudicial elevada por la AP Barcelona, asunto C-882/19, ECLI:EU:C:2021:800, en la que se reconoce a la víctima de una práctica contraria a la competencia llevada a cabo por una empresa el derecho de ejercitar una acción de resarcimiento por daños y perjuicios indistintamente contra una sociedad matriz que haya sido sancionada por la Comisión en una decisión como consecuencia de dicha práctica o contra una filial de esa sociedad que no sea destinataria de la referida decisión, siempre que estas sociedades constituyan, conjuntamente, una unidad económica.

(26) Entre otros, respecto a los grupos de empresas debe destacarse los estudios realizados por mi maestro el Profesor Embid Irujo con especial atención a la UE, el informe Winter y las ideas del Forum Europaeum. En todo caso, véase: AZORRA, F.: «El informe Winter sobre modernización del Derecho societario en Europa»; Actualidad Jurídica Uría y Menéndez, n° 4, 2003, p. 31-44; DE ARRIBA FERNÁNDEZ, M.L.: Derecho de los grupos de sociedades, Madrid, Thomson Civitas 2004; EMBID IRUJO, J.M.: *Introducción al Derecho de los Grupos de sociedades*, Granada, Comares, 2003, «A la búsqueda de un derecho de grupos en Europa» Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia, N° 231, 2004, pp. 29-44; «Treds and Realities in the Law of Corporate Groups» European Business Organization Law Review», EBOR, n° 65/05, p. 70-72, y «Sobre el concepto y significado del grupo de sociedades en la ley concursal», RCP, 4, 2006, p. 65-79; «Un paso adelante y varios atrás: sobre las vicisitudes recientes del concepto legislativo del grupo en el ordenamiento español», *Revista de Derecho de Sociedades*, n° 30, 2008, p. 19-31; «El derecho de los grupos de sociedades: entre las medidas de tutela y la organización de la empresa policorporativa», *Revista de derecho mercantil*, N° 304, 2017, p. 13-40; GIRGADO, P.: *La empresa de grupo y el Derecho de sociedades*, Granada Comares, 2001, y *La responsabilidad de la sociedad matriz y de los administradores en una empresa de grupo*, Madrid, Marcial Pons, 2002.

(27) Sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de octubre 2021, Sumal y Mercedes Benz Trucks España, C-882/19, ECLI:EU:C:2021:800, apartado 45.

concreta en la existencia de una unidad de interés por encima de una unidad de organización y autonomía de decisión. No obstante, procede señalar, a este respecto, que los grupos de sociedades pueden tener formas y objetivos diferentes, y no excluyen necesariamente que las empresas controladas gocen de cierta autonomía en el ejercicio de su política comercial y de sus actividades económicas, en particular en el ámbito de la participación en licitaciones públicas (28).

2. Las empresas vinculadas y la «influencia dominante» en la Directiva 2014/24/UE

En el Derecho europeo derivado, se definió el concepto de «empresa vinculada» en relación con los criterios de selección cualitativa contenidos en la Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios. Así, entre los criterios de exclusión que disponía la Directiva no se incluían expresamente la circunstancia de que en la licitación participen empresas vinculadas con distintas ofertas (29). Esta Directiva fue derogada por

(28) Procede señalar, a este respecto, que el Tribunal de Justicia ya ha declarado que los grupos de sociedades pueden tener formas y objetivos diferentes, y no excluyen necesariamente que las empresas controladas gocen de cierta autonomía en el ejercicio de su política comercial y de sus actividades económicas, en particular en el ámbito de la participación en licitaciones públicas. En efecto, las relaciones entre empresas de un mismo grupo pueden estar reguladas por disposiciones específicas que garanticen tanto la independencia como la confidencialidad a la hora de elaborar ofertas que vayan a presentar simultáneamente las empresas en cuestión en el marco de una misma licitación (sentencia de 19 de mayo de 2009, Assitur, C-538/07, EU:C:2009:317, apartado 31)

(29) El artículo 29 de la Directiva 92/50, incluido en el capítulo 2 de la misma titulado «Criterios de selección cualitativa», dispone en su párrafo primero: «Podrá ser excluido de la participación en un contrato todo prestador de servicios: a) que se encuentre en estado de quiebra o de liquidación, cuyos negocios se encuentren bajo administración judicial, que haya negociado un convenio con sus acreedores, que haya cesado en sus actividades empresariales o se encuentre en cualquier situación análoga de resultados de un procedimiento de la misma naturaleza que exista en las legislaciones y reglamentaciones nacionales; b) que esté sujeto a un procedimiento de quiebra o sea objeto de una orden de liquidación obligatoria, de administración judicial, de concurso de acreedores o de cualquier otro procedimiento de la misma naturaleza que exista en las legislaciones y reglamentaciones nacionales; c) que haya sido condenado en sentencia firme por cualquier delito que afecte a su moralidad profesional; d) que haya cometido una falta profesional grave comprobada por cualquier medio que las entidades adjudicadoras puedan justificar; e) que no haya cumplido sus obligaciones en lo referente al pago de la cotización a la Seguridad Social, según las disposiciones legales del país en el que esté establecido o del país de la entidad adjudicadora; f) que no haya cumplido sus obligaciones fiscales según las disposiciones legales del país de la entidad adjudicadora; g) que oculte o falsee gravemente la información exigible en virtud de lo dispuesto en el presente capítulo».

la 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 (30). Dicha Directiva 2004/18/CE, en su artículo 63 apartado dos, incluye una definición de empresa vinculada que abarca «*cualquier empresa en la que el concesionario pueda ejercer, directa o indirectamente, una influencia dominante, o cualquier empresa que pueda ejercer una influencia dominante en el concesionario o que, del mismo modo que el concesionario, esté sometida a la influencia dominante de otra empresa por razón de propiedad, participación financiera o normas que la regulan. Se presumirá que existe influencia dominante cuando una empresa, directa o indirectamente, se encuentre en una de las siguientes situaciones con respecto a otra empresa:*

- a) *tenga en su poder la mayoría del capital suscrito de la empresa; o bien;*
- b) *disponga de la mayoría de los votos correspondientes a las participaciones emitidas por la empresa; o bien*
- c) *pueda designar a más de la mitad de los miembros del órgano de administración, de dirección o de vigilancia de la empresa».*

La Directiva 93/37/CEE, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras (31), sí que contenía un concepto de «empresa vinculada» y de «influencia dominante» entre empresas. Así, el artículo 3, apartado 4, párrafos segundo y tercero, de la citada Directiva, estableció, en lo que respecta a los contratos de concesión de obras públicas «No tendrán la consideración de terceros aquellas empresas que se hayan agrupado para obtener la concesión ni las empresas vinculadas a ellas». En todo caso, señalaba la Directiva que se entenderá por empresa vinculada cualquier empresa en la que el concesionario puede ejercer, directa o indirectamente, una influencia dominante, o aquella empresa que puede ejercer una influencia dominante en el concesionario o que, del mismo modo que el concesionario, está sometida a la influencia dominante de otra empresa por razón de propiedad, participación financiera o reglas que la regulan.

Esta norma fue derogada por la Directiva 2004/18/CE, que a la sazón fue derogada por la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública (32). Esta

(30) *OJ L 134, 30.4.2004, p. 114-240.*

(31) Directiva 93/37/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras (DO L 199, p. 54).

(32) 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 2004/18/C (DO L 94, p. 65).

norma contiene en su artículo 41 una disposición de interés para el objeto que nos ocupa, relativa la participación previa de candidatos o licitadores que hace referencia.

Así, cuando un candidato o licitador, o una empresa vinculada a un candidato o a un licitador, haya asesorado al poder adjudicador, sea o no en el contexto del artículo 40, o haya participado de algún otro modo en la preparación del procedimiento de contratación, el poder adjudicador tomará las medidas adecuadas para garantizar que la participación de ese candidato o licitador no falsee la competencia.

Estas medidas incluirán la comunicación a los demás candidatos y licitadores de la información pertinente intercambiada en el marco de la participación del candidato o licitador en la preparación del procedimiento de contratación, o como resultado de ella, y el establecimiento de plazos adecuados para la recepción de las ofertas. El candidato o el licitador en cuestión solo será excluido del procedimiento cuando no haya otro medio de garantizar el cumplimiento del principio de igualdad de trato. Antes de proceder a dicha exclusión, se dará a los candidatos o licitadores la oportunidad de demostrar que su participación en la preparación del procedimiento de contratación no puede falsear la competencia. Las medidas adoptadas se consignarán en el informe específico previsto en el artículo 84 de la citada Directiva 2014/24/UE.

En este contexto, se presumirá que existe influencia dominante cuando una empresa, directa o indirectamente, con respecto a otra empresa esté en posesión de la mayoría del capital suscrito de la empresa, o disponga de la mayoría de los votos inherentes a las participaciones emitidas por la empresa, o pueda designar a más de la mitad de los miembros del órgano de administración, de dirección o de control de la empresa. La interpretación de ambos conceptos en el marco de la legislación italiana de contratación pública provocó el planteamiento de una cuestión prejudicial resuelta por el TJCE mediante Sentencia de 19 de mayo de 2009, asunto C-538/07 (33). Así, el TJCE consideró que los Estados miembros pueden ampliar el listado de causas de exclusión de los concursos públicos relacionadas con la calidad

(33) La petición de decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación del artículo 29, párrafo primero, de la Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios (DO L 209, p. 1), así como de los principios generales de Derecho comunitario en materia de contratos públicos. Dicha petición se presentó en el marco de un litigio entre Assitur Srl y la Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura di Milano, relativo a la compatibilidad con las disposiciones y principios antes mencionados de una normativa nacional que prohíbe la participación, por separado y en competencia, en un mismo procedimiento de adjudicación de contratos, a aquellas sociedades entre las que existe una relación de control o cuando una de ellas ejerce sobre las demás una influencia considerable.

profesional de los interesados con el fin de garantizar el respeto de los principios de igualdad de trato y de transparencia (34).

La norma europea es de aplicación a la situación en la que la legislación nacional prevé la exclusión de un procedimiento de adjudicación a las empresas que presenten ofertas separadas y en competencia cuando dichas empresas están vinculadas entre sí mediante relaciones de control, con carácter general, dicha norma presume *iusuris et de iure* que se habrán influido entre sí necesariamente y, por ello, vulnera el principio de proporcionalidad en la medida en que no concede a dichas empresas la posibilidad de demostrar que, en su caso, no existe un riesgo real de que se produzcan prácticas que pueden menoscabar la transparencia y falsear la competencia entre licitadores (35).

En este contexto, afirma el TJCE, en el apartado 32 de la referida Sentencia de 19 de mayo 2009, que la cuestión de si la relación de control controvertida ha influido en el contenido respectivo de las ofertas presentadas por las empresas de que se trata en el marco de un mismo procedimiento de adjudicación pública exige un examen y una apreciación de los hechos que corresponde efectuar a las entidades adjudicadoras. La constatación de tal influencia, sin importar su forma, es suficiente para excluir a dichas empresas del procedimiento en cuestión. Por el contrario, la mera constatación de una relación de control entre las empresas de que se trata, debido a la propiedad o al número de derechos de voto que se pueden ejercitar durante las juntas generales ordinarias, sin verificar si tal relación ha tenido una incidencia concreta sobre su comportamiento respectivo en el marco de dicho procedimiento,

(34) En el apartado 21 de la Sentencia, el Tribunal de Justicia añade que dicha enumeración exhaustiva no excluye la facultad de los Estados miembros de mantener o de establecer, además de dichas causas de exclusión, normas materiales para garantizar, en particular, que se respeten, en el sector de los contratos públicos, los principios de igualdad de trato de todos los licitadores y de transparencia, que constituyen la base de las Directivas comunitarias referentes a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos, siempre que, no obstante, se observe el principio de proporcionalidad. El Tribunal de Justicia ha señalado, en lo que respecta al artículo 24, párrafo primero, de la Directiva 93/37, que enumera las mismas causas de exclusión que figuran en el artículo 29, párrafo primero, de la Directiva 92/50, que la voluntad del legislador comunitario ha sido incluir en dicha disposición tan sólo las causas de exclusión relacionadas únicamente con las calidades profesionales de los interesados. En la medida en que se refiere a tales causas de exclusión, el Tribunal de Justicia considera que dicha enumeración es exhaustiva (véase, en este sentido, la sentencia de 16 de diciembre de 2008, *Michaniki*, C213/07, Rec. p. 10000, apartados 42 y 43, así como jurisprudencia citada). Por lo tanto, procede considerar que el artículo 29, párrafo primero, de la Directiva 92/50 no se opone a que un Estado miembro establezca, además de las causas de exclusión incluidas en dicha disposición, otras causas de exclusión, siempre que tales medidas no vayan más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo.

(35) Véanse, en este sentido, las sentencias de 3 de marzo de 2005, *Fabricom*, C21/03 y C34/03, Rec. p. 11559, apartados 33 y 35, así como *Michaniki*, antes citada, apartado 62).

no basta para que la entidad adjudicadora pueda excluir automáticamente a dichas empresas del procedimiento de adjudicación de contratos. En cuanto al nivel de prueba requerido para demostrar la existencia de ofertas que no son ni autónomas ni independientes, el principio de efectividad exige que la prueba de una infracción de las normas de adjudicación de contratos públicos de la Unión pueda aportarse no solo mediante pruebas directas, sino también mediante indicios, siempre que estos sean objetivos y concordantes y que los licitadores vinculados entre sí puedan aportar pruebas en contrario (véase, por analogía, la sentencia de 21 de enero de 2016, *Eturas y otros*, C-74/14, EU:C:2016:42, apartado 37).

III. CONCEPTO DE «AGRUPACIÓN JURÍDICA» EN LAS LICITACIONES PÚBLICAS: AUTO DEL TJCE DE 20 DE ABRIL DE 2009.

En su Auto de 20 de abril de 2009, el TJCE considera que el Derecho europeo —ni los documentos facilitados en el marco de la licitación que daba lugar al litigio de referencia— ofrecían una definición del concepto de «agrupación jurídica».

El litigio en cuestión trae razón del hecho de que, en una licitación europea, se presentó un consorcio en el que manifestaron interés en participar un consorcio en el que figuraba Instituto (DIHR) que, pese a tener su propio consejo de administración, pertenecía a una organización más amplia (Centro), en la que tenía por socio a un segundo instituto (DIIS) y otro consorcio en el que formaba también parte éste segundo Instituto (DIIS). Esto es, el DIIS formaba parte de dos manifestaciones de interés. Durante la fase de presentación de candidaturas, los consorcios afirmaron no estar en supuesto alguno de exclusión.

A la vista de las documentaciones aportadas, según consta en los antecedentes del litigio, la Comisión remitió sendos escritos a los dos consorcios participantes en la licitación objeto de este recurso con el fin de solicitar que acreditaran que no se encontraban incurso en algún motivo de exclusión previstos en la convocatoria (apartado 13 de la Sentencia del Tribunal de primera Instancia) y, una vez recibidas las contestaciones, volvió a recabar de los consorcios para que explicaran la relación que les unía con la organización más amplia llamada «Centro» y su eventual autonomía frente a éste. Tras sucesivos requerimientos telefónicos, uno de los Consorcios envió a la Comisión una declaración del Ministerio competente en el que se manifestaba que ambos institutos eran autónomos en el seno del «Centro» (36).

(36) Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 14 de febrero de 2006, *TEA-CEGOS, GHK /Comisión*, T376/05 y T-383/05, ECLI:EU:T:2006:47, apartados 13 y 17, respectivamente.

La Comisión decidió finalmente comunicar que las decisiones de seleccionar las ofertas de ambos consorcios habían sido erróneas y que desestimaba la candidatura y la oferta. Uno de los consorcios alegó que ambos Institutos no formaban parte de una misma agrupación jurídica. La Comisión volvió a solicitar documentación y a la vista de la recibida confirmó las decisiones y rechazó ambos recursos al considerar que los actos habían estado suficientemente motivados y que la Comisión no había violado el principio de confianza legítima ni el de buena administración.

Dichas decisiones fueron recurridas ante el Tribunal de Primera Instancia, que resolvió mediante Sentencia de 14 de febrero de 2006 (asuntos acumulados T-376/05 y T-383/05), desestimando las demandas y condenando en costas a las empresas demandantes.

Posteriormente, TEA-CEGOS y STG, respecto al asunto T-376/05, y GHK Consulting, respecto al asunto T-383/05, presentaron sendos recursos ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, que fueron resueltos mediante el Auto de 20 de abril de 2009.

1. Hechos que dan lugar al pronunciamiento

Mediante un anuncio de licitación de 9 de julio de 2004 publicado en el *Diario Oficial de la Unión Europea* (DO 2004, S 132), la Comisión convocó una licitación. Los hechos que fueron cuestionados ante el TPI fueron las actuaciones realizadas por la Comisión europea consistentes en recabar informaciones complementarias de las empresas que se presentaron a una licitación y rechazar dos candidaturas (Consortio TEA-CEGOS y Consortio GHK) que se encontraban en conflicto de intereses al contar con dos Institutos conexos en cada una (37).

(37) El consorcio TEA-CEGOS (en lo sucesivo, «Consortio TEA-CEGOS») manifestó su intención de participar en la licitación. TEA-CEGOS, S.A., fue seleccionado como jefe de fila de dicho consorcio a efectos de la participación del mismo en el procedimiento de licitación. Services techniques globaux (STG) SA es también miembro del Consortio TEA-CEGOS y le presta servicios en materia de gestión técnica y financiera. Durante la fase de presentación de las candidaturas y con arreglo las exigencias del anuncio de licitación, los distintos miembros del Consortio TEA-CEGOS efectuaron una declaración según la cual no se encontraban en ninguno de los supuestos de exclusión mencionados en el punto 2.3.3 de la guía práctica de la citada licitación. El 18 de agosto de 2004, el Danish Institute for Human Rights (en lo sucesivo, «DIHR»), miembro del Consortio TEA-CEGOS, remitió a la Comisión un documento en el que indicaba que el DIHR disponía de su propio consejo de administración pero pertenecía a una organización más amplia, el Danish Centre for International Studies and Human Rights (en lo sucesivo, «Centro») y tenía por socio al Danish Institute for International Studies (en lo sucesivo, «DIIS»), instituto creado mediante una ley danesa de 6 de junio de 2002, que también estableció el Centro y el DIHR. GHK Consulting Ltd, sociedad inglesa, forma parte de un consorcio que agrupa diversas entidades (en lo sucesivo, «Consortio GHK»), entre ellas el DIIS. GHK

Consulting, a través de su división GHK International Ltd, fue seleccionada como jefe de fila del Consorcio GHK a efectos del procedimiento de licitación. El 29 de septiembre de 2004, en la presentación de candidaturas, el DIIS declaró que no pertenecía a una agrupación o a una red. Mediante un correo electrónico de 17 de diciembre de 2004 y otro postal de 31 de diciembre de 2004, el Consorcio TEACEGOS fue admitido a participar en la licitación por el lote nº 7. Durante esa fase del procedimiento de licitación, el DIHR indicó de nuevo que pertenecía a una organización más amplia, el Centro, que englobaba a otro instituto, el DIIS. El Consorcio GHK fue asimismo admitido en la licitación por el lote nº 7. Mediante escritos de 20 de mayo de 2005, se comunicó a TEA-CEGOS y a GHK International que las ofertas de los consorcios a los que pertenecían respectivamente habían sido seleccionadas para el lote nº 7. Dichos escritos especificaban que los contratos serían remitidos a los consorcios para su firma siempre que se acreditara que no se hallaban en una de las situaciones correspondientes a los motivos de exclusión previstos en el punto 2.3.3 de la guía práctica. Las demandantes remitieron a la Comisión los documentos que consideraron pertinentes a tales efectos. Por fax de 22 de junio de 2005, la Comisión solicitó a TEA-CEGOS que explicara la relación que unía al DIHR con el Centro y su eventual autonomía frente a éste, y pidió asimismo a GHK International que facilitara aclaraciones acerca del estatuto jurídico del DIIS. El 23 de junio de 2005, el Consorcio TEA-CEGOS remitió a la Comisión un escrito del DIHR explicando su funcionamiento. El 24 de junio de 2005, GHK International envió por fax a la Comisión las aclaraciones relativas al DIIS. En respuesta a una nueva solicitud de la Comisión realizada telefónicamente el 27 de junio de 2005 y por la que se pedían aclaraciones adicionales, el Consorcio TEA-CEGOS remitió a la Comisión, ese mismo día, una copia de la Ley danesa de 6 de junio de 2002 por la que se creó el Centro, junto con una comunicación escrita en la que se indicaban los elementos pertinentes de dicha Ley y la relación entre el Centro y el DIHR, así como una carta del jefe de administración del Centro. El 14 de julio de 2005, el Consorcio TEA-CEGOS envió asimismo a la Comisión una declaración del Ministro de Asuntos Exteriores danés, en la que se afirmaba que el DIHR y el DIIS eran entidades autónomas en el seno del Centro. Mediante escritos de 18 de julio de 2005 (en lo sucesivo, «decisiones de 18 de julio de 2005»), la Comisión comunicó al Consorcio TEA-CEGOS y al Consorcio GHK que sus decisiones de seleccionar sus ofertas se habían basado en la información incorrecta que se le había facilitado en el procedimiento de licitación y que, a la luz de los nuevos elementos, debían desestimarse su candidatura y su oferta. El 22 y el 25 de julio de 2005, el Consorcio TEA-CEGOS alegó ante la Comisión que no cabía considerar que el DIHR y el DIIS formaban parte de una misma agrupación jurídica en el sentido del artículo 13 del anuncio de licitación, recordando que había indicado, desde el principio del procedimiento de licitación, la pertenencia del DIHR al Centro. El 27 de julio de 2005, la Comisión acusó recibo del escrito de 22 de julio y señaló que su contenido sería examinado de manera pormenorizada. El 25 de julio de 2005, la lista de los licitadores seleccionados para el lote nº 7, publicada en el sitio de EuropeAid, fue modificada excluyendo a ambos consorcios. El 8 de septiembre de 2005, TEA-CEGOS y STG se dirigieron a la Comisión para denunciar las ilegalidades de las que, a su juicio, adolecían las decisiones de 18 de julio de 2005, solicitando en consecuencia que revisara dichas decisiones a la mayor brevedad. Mediante escrito de 13 de septiembre de 2005, la Comisión les indicó que se estaba realizando un nuevo examen y que había remitido al Centro una serie de cuestiones con la solicitud de que aportara documentos que pudieran apoyar las respuestas que facilitara. El 14 de septiembre de 2005, TEA-CEGOS y STG reiteraron su deseo de obtener una respuesta rápida en cuanto a la posición definitiva que adoptaría la Comisión. El 21 de septiembre de 2005, la Comisión les comunicó que esperaba determinados datos del Centro necesarios para pronunciarse sobre el resultado del procedimiento, comprometiéndose a notificarles en el plazo más breve posible la decisión que adoptara. Mediante un correo electrónico de 23 de septiembre de 2005 y

2. Posiciones de las partes

Las demandantes sostuvieron, como segundo motivo de alegación, que la Comisión incumplió su obligación de motivación y el principio de seguridad jurídica, habiendo cometido además un error manifiesto de apreciación en la aplicación del artículo 13 del anuncio de licitación (38). El recurso se interpone contra la interpretación por la Comisión y por el Tribunal de Primera Instancia de la noción de «agrupación jurídica» y ante la ausencia de motivación suficiente en las decisiones de la Comisión, en primer término, y del TPI, en segundo.

TEA-CEGOS y STG subrayaron que el artículo 13 del anuncio de licitación excluye las candidaturas de «personas físicas o jurídicas» que presenten varias ofertas por un mismo lote, incluidas las «personas jurídicas que participan en una misma agrupación jurídica», pero no define dicho concepto (39). El principio de seguridad jurídica para las partes se opone a que la Comisión, ante

un fax de 26 de septiembre de 2005, el Centro respondió a las cuestiones de la Comisión, remitiéndole también una serie de documentos en los que apoyaba sus respuestas. El 26 de septiembre de 2005, GHK International envió a la Comisión un escrito para respaldar las respuestas facilitadas por el Centro. El 27 de septiembre de 2005 y el 5 de octubre de 2005, TEA-CEGOS y STG remitieron a la Comisión dos escritos en los que ponían de manifiesto, en particular, el carácter independiente de los dos institutos. En dichos escritos destacaban el hecho de que los únicos motivos por los que podían revocarse las decisiones de adjudicación eran los previstos en el artículo 14 de las instrucciones a los licitadores, que remitian al punto 2.3.3 de la guía práctica. Añadían que el Consorcio TEA-CEGOS no era responsable de omitir ningún dato y que no había facilitado información errónea. El 11 de octubre de 2005, TEA-CEGOS y STG se dirigieron a la Comisión para que indicara si había adoptado una posición definitiva sobre el procedimiento de licitación, solicitando que no celebrara contratos junto con las decisiones de adjudicación que adoptara. La Comisión les indicó que estaba a punto de adoptar una decisión. Mediante dos decisiones remitidas el 12 de octubre de 2005 al Consorcio TEA-CEGOS, por una parte, y al Consorcio GHK, por otra, la Comisión confirmó las decisiones de 18 de julio y desestimó las ofertas de dichos Consorcios.

(38) Las demandantes en el asunto T367/05 invocaron cuatro motivos en apoyo de su demanda. A continuación, se analizarán el segundo, tercer y cuarto motivo de recurso por ser de interés en este estudio. En virtud del primer motivo, las demandantes alegan que la Comisión vulneró, por una parte, el artículo 13 del anuncio de licitación y, por otra, el artículo 14 de las instrucciones a los licitadores.

(39) El artículo 13 del anuncio de licitación publicado en el marco del procedimiento de licitación designado con la referencia «EuropeAid/119860/C/SV/multi-Lot 7», relativo a un contrato marco múltiple para la selección de expertos a corto plazo encargados de prestar asistencia técnica a países terceros beneficiarios de la ayuda exterior (en lo sucesivo, «licitación»), indicaba que las personas físicas o jurídicas (incluidas las personas jurídicas que participan en una misma agrupación jurídica) sólo podrán presentar una candidatura, con independencia de su forma de participación (como entidad jurídica individual o como jefe de fila o socio de una agrupación candidata). En el supuesto de que una persona física o jurídica (incluidas las personas jurídicas pertenecientes a una misma agrupación jurídica) presente más de una candidatura, quedarán excluidas todas las candidaturas en las que dicha persona (y las personas jurídicas que pertenezcan a la misma agrupación jurídica) haya participado.

la ausencia de definición de agrupación jurídica, adopte primero un criterio funcional para preferir luego uno de carácter estructural.

A falta de tal definición, GHK Consulting estimaba que la exclusión de una oferta, tal como prevé el artículo 13 del anuncio de licitación, sólo debe producirse en el supuesto de que las entidades pertenezcan a un mismo grupo, es decir, cuando estén controladas por una sociedad matriz común o cuando se controlen mutuamente. Pues bien, GHK Consulting alegó que, en el caso de autos, el DIHR y el DIIS son independientes, que tienen sus propios estatutos y que cada uno de ellos persigue objetivos específicos, creándose el Centro para facilitar la administración de ambos institutos. Sólo es común la gestión de sus servicios administrativos, en la medida en que son gestionados por el Centro que percibe una remuneración a cambio de las prestaciones así suministradas. Además, TEA-CEGOS y STG sostuvieron que la Comisión cometió un error manifiesto de apreciación al no tener en cuenta que cada uno de los institutos dispone de un patrimonio propio.

TEA-CEGOS y STG consideraron que la Comisión modificó la interpretación que atribuye al concepto de «agrupación jurídica», puesto que, en las decisiones de 18 de julio de 2005, declaró por vez primera que el criterio de independencia no era ya pertinente y que bastaba que el DIHR formara parte estructural del Centro, enfoque que fue confirmado en las decisiones impugnadas, vulnerando así el principio de seguridad jurídica.

TEA-CEGOS y STG apuntaron que el objetivo perseguido por el artículo 13 del anuncio de licitación consistía en evitar conflictos de intereses entre personas que, directa o indirectamente, pudieran licitar varias veces por un mismo contrato y encontrarse, de este modo, en competencia por el contrato marco o, posteriormente, por los contratos específicos. Así, si el DIHR y el DIIS no fueran independientes frente al Centro y debieran obtener la aprobación previa de éste para celebrar un contrato, podría surgir entre ellos un conflicto de intereses. En el asunto, TEA-CEGOS y STG afirmaron que el comportamiento de cada entidad sólo puede imputarse a ésta y no a las otras, de forma que el Centro y los dos institutos no pueden constituir una entidad económica única (40).

La Comisión reconoció que no existía una definición del concepto de «agrupación jurídica» en el artículo 13 del anuncio de licitación. No obstante, este concepto es general y permite cubrir una diversidad de situaciones, por lo que la Comisión debía realizar una apreciación del caso concreto para pronunciarse sobre la existencia de una agrupación jurídica. Recordó que el artículo 13 del anuncio de licitación reproduce una disposición más general del Reglamento financiero, a saber, su artículo 94, que prevé expresamente

(40) Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 15 de septiembre de 2005, Daimler-Chrysler/Comisión, T 325/01, Rec. p. I 0000, apartados 218 y 219).

la exclusión de los candidatos que se hallen en una situación de conflicto de intereses. En el caso de autos, la Comisión alegó que la pertenencia de los dos institutos al Centro obstaculizaba la competencia efectiva entre éstos, dado que tienen sectores de actividad próximos y sus ámbitos de competencia pueden cruzarse. Además, el citado artículo 13 para la Comisión era suficientemente claro cuando prohibía la pertenencia a una misma agrupación jurídica, introduciendo así un criterio estructural.

Las demandantes imputaron en su escrito de alegaciones a la Comisión la violación del principio de buena administración y el incumplimiento de su deber de diligencia y, mediante el cuarto motivo, las demandantes alegan que la Comisión infringió el principio de confianza legítima. TEA-CEGOS y STG recuerdan que la Comisión tenía conocimiento, desde la presentación de la candidatura, de la pertenencia del DIHR al Centro. Si la Comisión tenía dudas sobre el alcance de la pertenencia del DIHR al Centro, habría debido preguntar al Consorcio TEA-CEGOS durante el procedimiento de licitación y no después de decidir adjudicarle el contrato. Al no hacerlo, la Comisión vulneró el principio de buena administración. Asimismo, debería haber respondido a los escritos del Consorcio TEA-CEGOS de 22 y 25 de julio de 2005, a los que sólo contestó después de que TEA-CEGOS le instara a ello. Por tanto, a su juicio, procede condenar la ligereza con la que actuó la Comisión, manifestándose esta actitud en las informaciones divergentes que figuran en su sitio de Internet en relación con los licitadores seleccionados para el lote nº 7.

La Comisión subrayó en sus alegaciones ante el Tribunal de Primera Instancia que, aunque era cierto que el DIHR había indicado la relación existente con el DIIS, éste no había realizado ninguna declaración en ese sentido. Por tanto, el sistema informático utilizado en el marco del procedimiento administrativo no pudo detectar una eventual vulneración del artículo 13 del anuncio de licitación. Alertada por un tercero de la existencia de una relación entre el DIHR y el DIIS, la Comisión reaccionó preguntando a las demandantes sobre este extremo. Además, no cabe imputar a la Comisión una eventual falta de diligencia. Por otra parte, la Comisión alegó que respondió con celeridad a las solicitudes de las demandantes formuladas el 22 y el 25 de julio de 2005, indicándoles en particular, el 27 de julio de 2005, que tendría en cuenta sus observaciones y les comunicaría sus decisiones al respecto en el plazo más breve posible.

3. Criterios para apreciar la existencia de «agrupación jurídica»

Ante las alegaciones realizadas por las partes respecto al error de la Comisión al apreciar la existencia de «agrupación jurídica», el Tribunal de Primera Instancia consideró que las decisiones de la Comisión mencionaban expresamente las disposiciones infringidas por ambos consorcios en sus candi-

daturas y motivaban suficientemente los elementos que habían permitido a la Comisión llegar a las conclusiones de desistimiento. En este contexto, el Tribunal confirmó que, a la vista de las comprobaciones expuestas en los antecedentes, no ha habido un error manifiesto de apreciación en las decisiones (apartados 48 y 49 de la Sentencia).

En particular, en cuanto a la existencia de agrupación jurídica, a falta de una definición normativa o jurisprudencial del concepto de agrupación, el Tribunal entendió que la Comisión quedó «obligada a hacer un examen caso por caso teniendo en cuenta todos los elementos pertinentes» (apartado 52 de la Sentencia). En función de ello, tenía que determinar si estaban vinculadas estructuralmente al «Centro», bien entendido, no obstante que *«otros factores podían apoyar el análisis de los vínculos estructurales como los referentes al grado de independencia de las entidades de que se trata y que las partes califican de criterio funcional»* (apartado 53 de la Sentencia). En este punto, la Comisión comprobó que ambos institutos formaban parte jurídicamente del «Centro» y pertenecían a una misma estructura. Es más, que el Centro llevaba a cabo una administración conjunta de ambos y ambos estaban representados en el Consejo de Administración del Centro.

El Tribunal tomó como referencia unos elementos de carácter estructural y otros de carácter funcional. Respecto a los elementos de carácter estructural, se consideró que la vinculación al Centro se manifiesta en que ambos compartían locales; que, en cuanto a la administración de los dos institutos, el artículo 2 de los estatutos del Centro prevé que éste «lleva a cabo la administración conjunta de las finanzas, los recursos humanos, la administración, los servicios comunes y la biblioteca común de ambos institutos». Así, los servicios administrativos, como el pago de los salarios y la gestión de las facturaciones, son prestados por el Centro, que percibe de los dos institutos una retribución específica a cambio de las prestaciones ofrecidas, y es asimismo responsable de recibir los pagos abonados a favor de los institutos; y por último, que el consejo de administración del Centro delibera sobre las previsiones operativas de los dos institutos.

En cuanto a los elementos funcionales, de los autos se desprende que la autonomía financiera de los institutos está relativamente limitada por la influencia del Centro. En efecto, como se desprende de los autos, el DIIS y el DIHR están financiados en parte por fondos públicos concedidos al Centro que debe distribuirlos en un 80 % para el DIIS y en un 20 % para el DIHR. Asimismo, los artículos 4 y 15 de los estatutos del DIIS establecen que éste «se sitúa bajo los auspicios del [Centro]» y que «las cuentas del instituto son controladas, como entidad del [Centro], por el “Rigsrevisor”». Del mismo modo, las cuentas del DIHR deben ser aprobadas por el consejo de administración del Centro. De igual modo, la dependencia funcional queda patente porque

la autonomía decisoria de los institutos, las demandantes ponen de manifiesto el hecho de que sus consejos de administración son autónomos frente al Centro. Sin embargo, esta alegación no basta para enervar la conclusión de que el DIIS y el DIHR pertenecen a la misma agrupación jurídica, puesto que tal pertenencia no excluye necesariamente la autonomía decisoria de las diversas entidades jurídicas que coexisten en el seno de una misma agrupación.

A modo de conclusión, el Tribunal de Primera Instancia consideró que la Comisión no cometió un error manifiesto de apreciación al basarse de modo principal en un criterio estructural ni se produjo una violación del principio de seguridad jurídica. El hecho de que solicitase, en un primer momento, información relacionada con el criterio funcional para adoptar, acto seguido, el criterio estructural no puede modificar esta conclusión, al haber realizado la Comisión un análisis profundo de las circunstancias del caso de autos antes de aplicar el motivo de exclusión (apartado 62).

En su Auto, el Tribunal de Justicia rechazó las alegaciones de las partes referidas anteriormente, confirmando que, en primer lugar, el Tribunal de Primera Instancia había motivado suficientemente su Sentencia al considerar que la Comisión no había incurrido en un error manifiesto de apreciación al no analizar en profundidad las circunstancias del caso ni había violado el principio de seguridad jurídica puesto que el artículo 13 del anuncio de la licitación en cuestión establecía con suficiencia reglas claras y comprensibles respecto a la presentación de ofertas (apartado 36). En segundo lugar, confirmando la adopción por el Tribunal del criterio estructural en detrimento del funcional para la apreciación de la existencia de la agrupación jurídica, el Auto considera que el Tribunal de Primera Instancia justificó su decisión de manera completa porque, aunque admitió un cierto grado de autonomía, los dos Institutos en cuestión estaban suficientemente conexos para poder encontrarse en una situación de conflicto de intereses (apartado 45 del Auto) y no excluyó la pertinencia de valorar algún elemento de carácter funcional en el apartado 53 y 57 de la sentencia de instancia, como que la presencia de miembros de ambos Institutos en el seno del Consejo de Administración del Centro evidenciaba posibles intercambios de opiniones sobre estrategias comerciales (apartado 48 y 56 del Auto).

El Tribunal de Justicia refrendó la corrección de las actuaciones de la Comisión que partiendo de un criterio estructural en detrimento del funcional para la apreciación de la existencia de la agrupación jurídica, acerca la noción de «agrupación jurídica» al de red empresarial, en el que varios operadores acuerda compartir capacidades para alcanzar propósitos comunes y en el que pese existir un cierto grado de autonomía, los integrantes de la misma —dos Institutos en el asunto que sirve de objeto de estudio— están suficientemente conexos para poder encontrarse en una situación de conflicto de intereses,

aceptándose como medios de valoración también ciertos criterios de carácter funcional como que la presencia de miembros de los sujetos en red en el seno del Consejo de Administración de un tercer sujeto que evidencia posibles intercambios de opiniones sobre estrategias comerciales.

IV. CONSIDERACIONES FINALES

En el contexto de un mercado interior único y de competencia efectiva, se pone una vez más la necesidad de incrementar los mecanismos de cooperación y coordinación público-privada. En dicho contexto, la referencia al concepto de «agrupación jurídica», que existe en Derecho de la Unión Europea, actualmente puede ofrecer ciertas soluciones a las situaciones de programación, desarrollo y ejecución de los fondos europeos en el periodo de programación de fondos europeos 2021-2027.

Como sostiene el Tribunal en el Auto objeto de análisis, por un lado, la exclusión sistemática de empresas vinculadas entre sí del derecho a participar en un mismo procedimiento de adjudicación de contratos públicos sería contraria a una aplicación eficaz del Derecho europeo. En efecto, dicha solución reduciría considerablemente la competencia en el ámbito europeo. Por otro, la cada vez más común existencia de grupos comerciales, empresariales o de Centros de investigación con actividad propia en el tráfico jurídico-económico pone de manifiesto la necesidad de ajustar al máximo los análisis sobre los concurrentes en un proceso de contratación pública para garantizar la transparencia y la igualdad y, a su vez, evitar toda colusión potencial entre los participantes en un mismo procedimiento.

El litigio subyacente en el asunto de referencia sirve de botón de muestra de esta problemática y de cómo la Administración europea ha puesto la máxima atención en garantizar el respeto a ambos principios por delante del principio de fomento de la competencia.

V. BIBLIOGRAFÍA

- AZORRA, Fernando: «El informe Winter sobre modernización del Derecho societario en Europa»; *Actualidad Jurídica Uribe y Menéndez*, n° 4, 2003, p. 31-44.
- DE ARRIBA FERNÁNDEZ, María Luisa: *Derecho de los grupos de sociedades*, Madrid, Thomson Civitas 2009.
- EMBED IRUJO, José Miguel: *Introducción al Derecho de los Grupos de sociedades*, Granada, Comares, 2003.
- «A la búsqueda de un derecho de grupos en Europa», *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, N° 231, 2004, pp. 29-44;

- «Trends and Realities in the Law of Corporate Groups» *European Business Organization Law Review*, *EBOR*, nº 65/05, p. 70-72.
 - «Sobre el concepto y significado del grupo de sociedades en la ley concursal», *RCP.*, 4, 2006, p. 65-79;
 - «Un paso adelante y varios atrás: sobre las vicisitudes recientes del concepto legislativo del grupo en el ordenamiento español», *Revista de Derecho de Sociedades*, nº 30, 2008, p. 19-31;
 - «El derecho de los grupos de sociedades: entre las medidas de tutela y la organización de la empresa policorporativa», *Revista de Derecho Mercantil*, Nº 304, 2017, p. 13-40.
- ESTEBAN RÍOS, Javier.: «Vías para la agilización de las subvenciones financiadas con fondos de la UE: la adaptación al instrumento europeo de recuperación y más allá», en Monografía XX de esta REVISTA, Zaragoza, 2021, pp. 247-289.
- FUENTETAJA, Jesús: *Derecho Administrativo Europeo*, 2ª ed., Civitas 2015, pp. 517-546.
- GIMENO FELIU, José María: «El desafío de fondos Next Generation como elemento de transformación de la gestión pública», en Monografía XX de esta REVISTA, 2021, pp. 21-41.
- Los fondos Next Generation y la colaboración público privada (I), accesible en <https://pixelware.com/los-fondos-next-generation-y-la-colaboracion-publico-privada/>.
- GIRGADO, Pablo: *La empresa de grupo y el Derecho de sociedades*, Granada Comares, 2001.
- *La responsabilidad de la sociedad matriz y de los administradores en una empresa de grupo*, Madrid, Marcial Pons, 2002.
- GUILLEM CARRAU, Javier: «Errores financieros y presupuestarios: claves europeas en Auditoría pública», *Revista de los Órganos Autónomos de Control Externo*, Nº. 70, 2017, pp. 161-166.
- «Las correcciones financieras en materia de fondos estructurales», en esta REVISTA, Nº 51, 2018, p. 281.
 - con VILLALBA DE MIGUEL, Diego: «Apuntes sobre la arquitectura legal de los Fondos estructurales y de inversión europeos en 2014-2020», en *La ejecución de los Fondos Europeos en España*, 2017, pp. 53-72.
- LINARES MUÑAGORRI, Isabel y BARQUERO SOLANES, Ignacio: «Balance y vías de mejora en las medidas previstas por el Real Decreto Ley 36/2020 en materia de gestión económico administrativa», en Monografía XX de esta REVISTA, Zaragoza, 2021, pp. 293-319.

MONTES SEBASTIÁN, Beatriz: «Perte y otras fórmulas de colaboración público-privada para la gestión de fondos Europeos», en *La Gestión de los Fondos Next Generation. Claves para la revolución administrativa*, Wolters Kluwer, 2021, pp.

NAVARRO MOLINÉS, Gabriel: «2020, Inicio de una década histórica en fondos europeos. Especial referencia al instrumento Next Generation vía mecanismo de recuperación y resiliencia y reflexión aragonesa de los fondos REACT-EU», en Monografía XX de esta REVISTA, 2021, pp. 43-101.

LA REGULACIÓN DE LA RELACIÓN ELECTRÓNICA. EN PARTICULAR: EL INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE RELACIONARSE ELECTRÓNICAMENTE Y LA VALIDEZ Y PRÁCTICA DE LAS NOTIFICACIONES ELECTRÓNICAS^(*)

ALEJANDRO D. LEIVA LÓPEZ
Profesor ayudante doctor
Universidad de Málaga

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.– II. LA E-ADMINISTRACIÓN: MARCO NORMATIVO, BENEFICIOS Y RETOS: 1. Precedente normativo y regulación actual. 2. Beneficios que reporta. 3. Retos por asumir. En especial: la Agenda España Digital 2025. 4. La relación electrónica.– III. DERECHO Y DEBER DE RELACIONARSE ELECTRÓNICAMENTE: 1. Garantías jurídicas. 2. El incumplimiento de la obligación de relacionarse electrónicamente: la subsanación electrónica.– IV. LAS NOTIFICACIONES ELECTRÓNICAS: 1. La validez de las notificaciones electrónicas. 2. La práctica de la notificación electrónica. 3. ¿Cuándo se entenderá cumplida la obligación de notificar dentro del plazo máximo de duración de los procedimientos?– V. CONCLUSIONES.– VI. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: El presente trabajo tiene por objeto analizar las principales novedades introducidas en materia de regulación de la Administración electrónica y la posible inexistencia de garantías suficientes para el ciudadano. Así, examinamos las consecuencias derivadas del incumplimiento de la obligación del administrado de relacionarse electrónicamente con la Administración, así como también analizamos el debate sobre la validez y efectos que tienen las notificaciones electrónicas. Cabe significar que se aborda el estudio de estas materias desde la perspectiva del nuevo Reglamento de Administración Electrónica, recientemente instituido a través del Real Decreto 203/2021, de 30 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de actuación y funcionamiento del sector público por medio electrónicos.

Palabras clave: e-Administración; notificaciones electrónicas; relación electrónica; subsanación electrónica.

Regulation of the citizen's electronic relationship with the administration in Spain

ABSTRACT: The purpose of this work is to analyze the main novelties introduced on the regulation of e-Administration in Spain and the existence or not of sufficient gua-

(*) Trabajo recibido en esta REVISTA con fecha 07/12/2021 y evaluado favorablemente para su publicación el 21/03/2022.

rantees for the citizen. In this way, we examine the debate raised about the validity and the effects of electronic notifications, with special analysis of the consequences derived from the unfulfillment of the obligation to interact electronically with the Administration.

It should be noted that we study these matters from the perspective of the new Electronic Administration Regulation, recently created through Royal Decree 203/2021, of March 30, which approves the Regulation of action and operation of the public sector by electronic means.

Key words: e-Administration; electronic notifications; electronic relationship; administrative correction.

I. INTRODUCCIÓN

Desde finales del siglo XX venimos asistiendo a un intenso proceso de transformación de la sociedad hacia un modelo basado en las tecnologías de la información y la comunicación (TIC), las cuales han tenido distintas denominaciones en los últimos años (M. GRANDE DE PRADO, R. CAÑÓN y I. CANTÓN, 2016: 220-223). Entre los principales objetivos perseguidos por el Derecho Administrativo en los últimos años encontramos la modernización de los servicios públicos, lo que demanda la adopción de iniciativas dirigidas a impulsar el desarrollo de la administración electrónica en España. Así, se han activado un conjunto de servicios e infraestructuras comunes que buscan facilitar la implantación de la administración electrónica en las diferentes Administraciones Públicas. Así, las tecnologías de la información nacen para poner fin a las principales barreras que los ciudadanos han encontrado en sus relaciones con la Administración, y especialmente en lo relativo a la lentitud para la resolución de trámites y a la compleja burocracia exigida (A. RALLO, 2010: 61-62). En particular, en los últimos veinte años, los distintos Gobiernos han procurado la mejora de la Administración electrónica mediante la implementación de diversos programas de digitalización alineados con las hojas de ruta europeas definidas en la materia. La transformación digital, entre otras cuestiones, pasa por configurar una óptima Administración electrónica, lo que solo puede lograrse atendiendo las demandas de los ciudadanos y de las empresas acerca de la mejora de los servicios electrónicos.

Las Administraciones Públicas, en sus distintos ámbitos de actuación y niveles territoriales, deben hacer una inmersión en el actual proceso de tecnificación y globalización que afecta a toda la sociedad en su conjunto. Esta transformación no va a ser solo de carácter tecnológico, ya que tendrá implicaciones organizativas, jurídicas y culturales. Se trata de un proceso de modernización que va a incidir en sus relaciones para con los ciudadanos, así como también en sus propias relaciones internas. Las tecnologías son cada vez más maduras y deben ser capaces de dar respuesta a un nuevo paradigma basado en la

gestión de la información y en las nuevas relaciones de las Administraciones con las empresas y con los ciudadanos.

La satisfacción del ciudadano y de las empresas en el uso de los servicios públicos digitales es esencial para reconocer sus derechos y garantizar el cumplimiento de sus obligaciones para con la Administración. En este contexto, es necesario que nuestro ordenamiento jurídico siga construyéndose en torno a la consolidación de la Administración electrónica, de forma que se promueva con ello la utilización de las TIC por parte de la Administración, a la vez que se proporcione a los ciudadanos un conjunto de garantías y derechos que, en este nuevo escenario, les protejan en sus relaciones electrónicas con la Administración Pública. La relación electrónica del interesado con la Administración debe ser no discriminatoria, eficiente, intuitiva y efectiva, lo que implica disponer de servicios digitales fácilmente accesibles. En definitiva, la Administración electrónica nace para garantizar la seguridad jurídica a todos los intervinientes que utilizan los servicios digitales, promoviendo así una actuación administrativa transparente y eficiente, y haciendo efectiva una Administración totalmente interconectada y electrónica (1). Sin embargo, existen algunos elementos de la relación electrónica —como las notificaciones— que son objeto de controversia en la actualidad y que, por ello, justifican la necesidad de ser examinados en el presente trabajo.

La Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPACAP) incluyó en su redacción la obligación de algunos sujetos de relacionarse por medio electrónicos con las Administraciones Públicas. En este punto, se observa que, con la ley española de 2015, se ha pasado del derecho a la obligación de comunicarse de forma electrónica con la Administración, lo que ha generado indefensiones para el interesado, especialmente en relación con las consecuencias que tiene no cumplir con esta obligación. Así pues, el presente trabajo tiene por objeto analizar las novedades introducidas en materia de regulación de la Administración electrónica y la posible inexistencia de garantías suficientes para el ciudadano. En particular, examinamos las consecuencias derivadas del incumplimiento de la obligación del administrado de relacionarse electrónicamente con la Administración, así como también analizamos las cuestiones más controvertidas acerca de la validez y efectos que tienen las notificaciones electrónicas. Cabe significar que se aborda el examen de estas materias desde la perspectiva del nuevo reglamento de Administración electrónica, recientemente creado por medio del Real Decreto 203/2021, de 30 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de actuación y funcionamiento del sector público por medio electrónicos (en adelante, Reglamento de Administración electrónica).

(1) A mayor abundamiento sobre las ventajas que reportan las TIC a la Administración, véase (E.M. MENÉNDEZ, 2018: 459-475).

II. LA E-ADMINISTRACIÓN. MARCO NORMATIVO, BENEFICIOS Y RETOS

1. Precedente normativo y regulación actual

La Administración electrónica (e-Administración) hace alusión a los mecanismos electrónicos que van a permitir la prestación de servicios públicos de la Administración a las empresas y a los ciudadanos. Esta penetración de las TIC en las distintas Administraciones va a mejorar muy significativamente la productividad del servicio de atención dirigido tanto a empresas como a ciudadanos, lo que va a revertir positivamente en el crecimiento económico y en el aumento de competitividad de nuestro país. El derecho de acceso y uso de las TIC, reconocido a toda persona, se concibe como un servicio público universal, de calidad, económico y accesible (F.J. DURÁN, 2009: 124).

El proceso de digitalización administrativa de las Administraciones públicas encuentra su precedente en la ya derogada Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC). La norma apostó por el fomento de las TIC's, en tanto éstas mejorarían los servicios existentes y reducirían los plazos de resolución y los trámites burocráticos. La LRJPAC incluía varias disposiciones relativas a las TIC's sobre: informatización de los registros administrativos (artículo 38 y disposición adicional segunda); técnicas automatizadas de la Administración en sus relaciones con el ciudadano (artículo 45); uso de medios electrónicos, telemáticos e informáticos (artículo 59); elección del medio preferente o del lugar a efectos de notificación por parte del ciudadano (artículo 70); y sobre presentación telemática de solicitudes y comunicaciones dirigidas a la Administración General del Estado y a sus organismos públicos (disposición adicional 18ª). Por su parte, el desarrollo reglamentario de las TIC's corrió a cargo del Real Decreto 263/1996, de 16 de febrero, por el que se regula la utilización de técnicas electrónicas, informáticas y telemáticas por la Administración General del Estado y del Real Decreto 772/1999, de 7 de mayo, que regula la presentación de solicitudes, escritos y comunicaciones ante la Administración General del Estado, la expedición de copias de documentos y devolución de originales, así como el régimen de las oficinas de registro.

Por otro lado, la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (en adelante, LOFAGE) definió el principio de servicio a los ciudadanos, subrayando que estos iban a poder recibir información de interés general a través de medios informáticos, telemáticos y telefónicos. Asimismo, existieron otras normas sobre certificación electrónica y protección de datos, creadas para garantizar la eficacia y la seguridad de la emisión y recepción de comunicaciones y documentos, a través de medios electrónicos, telemáticos e informáticos. De estas normas, cabe destacar las siguientes: la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de medidas

fiscales, administrativas y del orden social; el Real Decreto-ley 14/1999, de 17 de septiembre, sobre firma electrónica; la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal; y el Real Decreto 994/1999, de 11 de junio, por el que se aprueba el reglamento de medidas de seguridad en los ficheros automatizados que contengan datos de carácter personal.

Otro importante hito en materia de Administración electrónica tuvo lugar con la aprobación de la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos (en adelante, LAESP). La LAESP fue la primera norma española, con rango de ley, que reconoció y garantizó a los ciudadanos el derecho a relacionarse electrónicamente con las Administraciones Públicas. La Administración pasaría de tener un derecho a relacionarse por medios electrónicos a estar obligada a ello. Esta nueva norma con rango de ley regulaba, por primera vez, instrumentos básicos sobre: registros electrónicos, sede electrónica, expedientes electrónicos, archivos electrónicos, comunicaciones electrónicas, así como sobre las formas de autenticación e identificación. Así, la LAESP otorgó un papel más activo al ciudadano en este proceso de transformación digital (L. COTINO, 2011: 19-22). Los derechos reconocidos a los ciudadanos, ex artículo 6 LAESP, se dividirían en dos bloques. De un lado, el derecho de los ciudadanos a relacionarse electrónicamente, cuyo reconocimiento debe ser garantizado por la Administración a través de un canal habilitado para ello. De otro, los derechos jurídicos del administrado electrónicamente, que pasan por reconocer el derecho a no presentar documentos no exigidos por las normas de aplicación al procedimiento en cuestión o que ya obren en poder de la Administración, lo que es extensible a todas las administraciones, y no solo a la Administración actuante. Además, la propia LAESP admitía que por vía reglamentaria se estableciese la obligación de relacionarse electrónicamente para personas jurídicas o colectivos de personas físicas que pudieran acceder y disponer de medios tecnológicos suficientes por razón de capacidad económica o técnica, dedicación profesional u otros motivos. Por su parte, la LAESP se desarrolló parcialmente a través del Real Decreto 1671/2009, de 6 de noviembre, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 11/2007, de 22 de junio, d acceso electrónico de lo ciudadanos a los servicios públicos (2).

En la actualidad, el marco jurídico sobre funcionamiento electrónico de las Administraciones Públicas aparece definido en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante, LRJSP) (3) y en

(2) La norma reglamentaria desarrolló aspectos relativos a: *i)* sede electrónica y punto de acceso general a la AGE; *ii)* identificación y autenticación; *iii)* registros electrónicos; *iv)* comunicaciones y notificaciones; y *v)* documentos electrónicos y sus copias.

(3) BOE núm. 236, de 2 de octubre de 2015.

la LPACAP. Ambas leyes, en su intento de alcanzar mayor efectividad que la LAESP, consagran el mencionado derecho de los ciudadanos a relacionarse electrónicamente con las administraciones públicas. En aras de garantizar este derecho, se simplifica el acceso a los medios electrónicos y se refuerza el empleo de las TIC's. Así pues, la LRJSP y la LPACAP refuerzan el hecho de que la tramitación electrónica de los procedimientos administrativos debe representar la actuación habitual, y no especial, de las Administraciones Públicas. Asimismo, se establece la obligación de relacionarse electrónicamente con la Administración para las personas jurídicas, los entes sin personalidad jurídica y, en determinados casos, las personas físicas, sin perjuicio de que existan obligaciones fijadas reglamentariamente para otros colectivos. Por tanto, este marco normativo tiene como fin facilitar la utilización de medios tecnológicos a los distintos agentes implicados. Así, la estrategia española pasa por impulsar los instrumentos que garanticen una tramitación electrónica completa, así como por garantizar el desarrollo de servicios que puedan ser libremente utilizados por todas las Administraciones Públicas. Por su parte, el desarrollo reglamentario corre a cargo del Reglamento de Administración electrónica, que es examinado en el apartado correspondiente de este trabajo.

2. Beneficios que reporta

La Administración electrónica constituye un elemento clave en el continuo proceso de transformación al que está sometida, con carácter general, la gestión de la actividad pública. Se trata de una nueva forma de entender la Administración Pública basada en el uso de las TICs para la mejora de los procesos internos de gobierno y los servicios públicos, lo que va a revertir positivamente en la industria y en los ciudadanos (A. CERRILLO, 2005: 231-233).

Ofrecer un canal telemático a las empresas y ciudadanos va a permitirles llevar a cabo trámites administrativos sin necesidad de acudir de forma presencial al organismo en cuestión. La tramitación electrónica no va a ser concebida como un mero cambio de formato, ya que persigue unos objetivos ambiciosos dirigidos a la reducción de plazos, a la automatización de trámites y a los controles electrónicos. Con ello, se van a ahorrar recursos internos y se mejora la calidad y la eficiencia del servicio público (4). Además, la reducción de papel que lleva implícito este cambio de paradigma va a tener un efecto positivo en el medio ambiente.

Por otra parte, los ciudadanos se benefician de forma directa e indirecta como consecuencia de la tramitación electrónica, ya que ésta conduce a la simplificación de trámites, lo que implica que la documentación que se les

(4) Sobre esta materia véase (E. GAMERO, 2017: 499-517).

requiere minora notablemente. Además, estamos ante un procedimiento basado en la trazabilidad y en la seguridad del documento electrónico, que debe ser accesible en todo momento por exigencias de la normativa vigente sobre transparencia administrativa. El interesado va a poder acceder a la documentación administrativa por medio de la sede electrónica, del portal de transparencia o del perfil del contratante. Y todo ello redundará en una mayor calidad democrática de la tramitación administrativa, fomentando el concepto de buen gobierno (5). Destacadamente, la comunicación electrónica va a contener toda la información que, como mínimo, deben conocer las personas interesadas obligadas a relacionarse por medios electrónicos con la Administración. Este contenido mínimo ha sido desarrollado recientemente por el artículo 41 del Reglamento de Administración Electrónica.

3. Retos por asumir. En especial: la Agenda España Digital 2025

Las políticas públicas sobre e-Administración deben procurar la creación de nuevos canales de participación. Así, las TICs persiguen la mejora de la información y la comunicación con los ciudadanos, contribuyendo a la democratización de la sociedad en su conjunto. El acceso y uso de las TICs está llamado a convertirse en un servicio público universal, fácilmente accesible y de calidad (A. GARCÍA, 2011: 6-11).

En este contexto nace la estrategia España Digital 2025 (6), la cual incluye numerosas medidas agrupadas en diez ejes estratégicos por medio de los cuales se busca impulsar de forma efectiva el proceso de transformación digital en España en el horizonte 2025 (7). Esta estrategia española se ha definido de forma alineada con la estrategia digital de la Unión Europea (8). Esta transformación pretende lograrse por medio de la colaboración público-privada y con la participación los distintos agentes sociales y económicos. Destacadamente, la mayor parte de la inversión pública a los nuevos instrumentos europeos de financiación del Plan de Recuperación *Next Generation EU* (9).

Los objetivos de la estrategia España Digital 2025 se focalizan en la transformación digital como herramienta clave para el impulso del crecimiento

(5) A mayor abundamiento sobre el concepto de buen gobierno véase (J. RODRÍGUEZ, 2008: 113-121).

(6) Toda la información sobre la misma puede consultarse en: https://portal.mineco.gob.es/ca-es/ministerio/estrategias/Pagines/00_Espana_Digital_2025.aspx.

(7) A mayor abundamiento véase (B. ANDRÉS, 2020: 1-23).

(8) EUROPEAN COMMISSION (2020), *A European strategy for data*, Communication from the Commission to the European Parliament, The Council, The European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, Brussels, 19.02.2020, COM (2020) 66 final, 34 pag.

(9) Véase https://ec.europa.eu/info/strategy/recovery-plan-europe_es.

económico del país, el incremento de la productividad, la protección de los derechos individuales y colectivos de los ciudadanos y la reducción de las desigualdades. Son diez los ejes estratégicos en torno a los cuales pivota esta estrategia (10), entre los que destaca el impulso de la digitalización de las Administraciones Públicas, marcándose como meta el 50 % de los servicios públicos disponibles en app móvil. Destacadamente, la estrategia dota de una importancia mayúscula a los derechos digitales del ciudadano en sus relaciones con la Administración, definiéndose como meta la configuración de una carta nacional sobre derechos digitales, la cual fue presentada por el Gobierno en julio de 2021.

Así las cosas, la estrategia sigue reiterando cómo la utilización de las TIC consolida el marco de actuación de las Administraciones Públicas en su relación para con los ciudadanos, de forma que los procedimientos administrativos se van a poder sustanciar de manera más rápida, eficaz y barata. Los trámites y comunicaciones van a tener la misma validez legal que los que tradicionalmente han venido sustanciándose en papel, y los datos personales de los ciudadanos deben tratarse bajo las máximas garantías de confidencialidad y seguridad. En este orden de cosas, la Administración debe fortalecer el sistema de supervisión del cumplimiento de los cánones de la e-Administración, en aras de asegurar los derechos reconocidos a todos los usuarios. En definitiva, el sistema de administración electrónica debe proyectarse sobre todas las esferas de la actividad administrativa.

4. La relación electrónica

El reconocimiento formal y específico del derecho a la relación electrónica vino introducido por la LAESP. Este reconocimiento venía recogido, con carácter general, en el apartado 1 del artículo 6, mientras que el apartado 2 definió una relación específica de derechos que el ciudadano podría ejercitar para la utilización de los medios electrónicos puestos a su disposición (11).

(10) MINISTERIO DE ASUNTOS ECONÓMICOS Y TRANSFORMACIÓN DIGITAL (2020), *España Digital 2025*, Informe España Digital 2025, p. 8. Los diez ejes son: i) Conectividad digital; ii) Despliegue de la tecnología 5G; iii) Refuerzo de las competencias digitales; iv) Ciberseguridad; v) Digitalización en la Administración; vi) Digitalización en las empresas: el objetivo es acelerar esta digitalización, especialmente en microPYMEs y en start-ups; vii) Digitalización del modelo productivo; viii) Producción audiovisual; ix) Economía del dato; y x) Derechos de los ciudadanos.

(11) «a) A elegir [...] el canal a través del cual relacionarse por medios electrónicos con las Administraciones Públicas; b) A no aportar los datos y documentos que obren en poder de las Administraciones Públicas, las cuales utilizarán medios electrónicos para recabar dicha información siempre que, en el caso de datos de carácter personal, se cuente con el consentimiento de los interesados [...] salvo que existan restricciones conforme a la normativa de aplicación a

En la actualidad, la vigente LPACAP, en su artículo 13, define una serie de derechos para aquellos ciudadanos que tienen reconocida capacidad de obrar ante las Administraciones Públicas. Entre estos derechos, se localiza el relativo a comunicarse con las Administraciones Públicas a través de un Punto de Acceso General electrónico de la Administración (apartado a). Y derivado de ello, nace el derecho del ciudadano a ser asistido en el uso de medios electrónicos en sus relaciones con la Administración (apartado b) o el derecho a la obtención y utilización de los medios de identificación y firma electrónica (apartado g), aunque también va a existir obligación de relacionarse electrónicamente en determinados casos. La LPACAP ha traído consigo un cambio de paradigma, el cual viene marcando el camino hacia la electronificación de la gestión pública. Así, en aras de lograr una mayor eficacia administrativa, se promueve la automatización de los datos y la tramitación en formato electrónico, en tanto ello va a facilitar la instrucción y resolución de los procedimientos. Por todo ello, en nuestra opinión, lo electrónico no debería suponer un recorte de los derechos a la notificación completa, legal y exacta (12). No estaría justificada la minoración de estos derechos como consecuencia de posibles abusos o errores que pudieran atribuirse a la notificación electrónica.

III. DERECHO Y DEBER DE RELACIONARSE ELECTRÓNICAMENTE

1. Garantías jurídicas

El artículo 13 de la LPACAP reconoce a todo aquel —persona física o jurídica— que tenga reconocida capacidad de obrar en su condición de administrado, derecho a comunicarse con las Administraciones Públicas de forma

los datos y documentos recabados; c) A la igualdad en el acceso electrónico a los servicios de las Administraciones Públicas; d) A conocer por medios electrónicos el estado de tramitación de los procedimientos en los que sean interesados, salvo en los supuestos en que la normativa de aplicación establezca restricciones al acceso a la información sobre aquéllos; e) A obtener copias electrónicas de los documentos electrónicos que formen parte de procedimientos en los que tengan la condición de interesado; f) A la conservación en formato electrónico por las Administraciones Públicas de los documentos electrónicos que formen parte de un expediente; g) A obtener los medios de identificación electrónica necesarios, pudiendo las personas físicas utilizar en todo caso los sistemas de firma electrónica del Documento Nacional de Identidad para cualquier trámite electrónico con cualquier Administración Pública; h) A la utilización de otros sistemas de firma electrónica admitidos en el ámbito de las Administraciones Públicas; i) A la garantía de la seguridad y confidencialidad de los datos que figuren en los ficheros, sistemas y aplicaciones de las Administraciones Públicas; j) A la calidad de los servicios públicos prestados por medios electrónicos; k) A elegir las aplicaciones o sistemas para relacionarse con las Administraciones Públicas siempre y cuando utilicen estándares abiertos o, en su caso, aquellos otros que sean de uso generalizado por los ciudadanos».

(12) Vid. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo) núm. 2448/2016, de 16 de noviembre de 2016. Número de recurso 2841/2015. ES:TS:2016:4991.

electrónica, a través de un Punto de Acceso General Electrónico de la Administración; a diferencia de lo que ocurría en la regulación anterior (la extinta LAESP), que reclamaba de la Administración su consentimiento previo expreso a relacionarse de forma electrónica con el administrado. Además, este derecho podrá invocarse ante todas las Administraciones Públicas, y no solo ante la AGE (como venía estableciendo la LAESP). Desaparece, así, la excepción genérica al derecho a comunicarse electrónicamente para aquellos supuestos en los que por una ley se infiera que no es posible la utilización del medio electrónico —ex artículo 27.1º LAESP—. Con la LPACAP, la relación presencial o en papel es la que pasa ahora a convertirse en excepción. Asimismo, el citado precepto reconoce a la persona el derecho a modificar —en cualquier momento— el medio escogido para comunicarse con la Administración, lo que podría provocar ciertas disfuncionalidades, cargas administrativas innecesarias o, incluso, duplicidades. En este punto, se echa en falta una regulación estatal que establezca límites o que exija ciertas justificaciones en relación con estas modificaciones del medio escogido.

A la persona física se le reconoce el derecho a elegir y a cambiar el canal presencial o electrónico, de conformidad con lo establecido en el apartado primero del artículo 14.1 LPACAP (13), pero ello no impide que pueda presumirse esta elección en determinados casos. Así las cosas, este artículo 14, además de reconocer el derecho de elección, impone la relación electrónica entre el ciudadano y la Administración en determinados casos. Mientras que a las personas jurídicas se les va a obligar a relacionarse electrónicamente en todos los casos. Por tanto, se ha pasado del derecho a la obligación de relacionarse electrónicamente con la Administración (14).

En particular, el artículo 14.3 habilita a las Administraciones para que —reglamentariamente— puedan establecer la obligación de relacionarse con ellas a través de medios electrónicos en relación con determinados procedimientos y para ciertas personas físicas que pertenecen a colectivos que por razón de su capacidad económica y técnica, su especial dedicación profesional u otros motivos quede suficientemente acreditado que tienen disponibilidad y acceso a los medios electrónicos necesarios para que pueda sustanciarse la relación electrónica. Este mismo precepto, en su apartado segundo, contiene una relación de sujetos que van a estar obligados a relacionarse a través de

(13) «1. Las personas físicas podrán elegir en todo momento si se comunican con las Administraciones Públicas para el ejercicio de sus derechos y obligaciones a través de medios electrónicos o no, salvo que estén obligadas a relacionarse a través de medios electrónicos con las Administraciones Públicas. El medio elegido por la persona para comunicarse con las Administraciones Públicas podrá ser modificado por aquella en cualquier momento».

(14) Acerca de esta progresiva conversión del derecho a relacionarse electrónicamente en un deber, *vid.* (E. GAMERO, 2016: 15-27).

medios electrónicos con las Administraciones Públicas: *i)* las personas jurídicas; *ii)* las entidades sin personalidad jurídica; *iii)* quienes desempeñen una actividad profesional para la que se requiera colegiación obligatoria, en relación con los trámites y actuaciones que realicen con las Administraciones en ejercicio de esta actividad profesional (incluyendo notarios y registradores de la propiedad y mercantiles); *iv)* quienes representen a un interesado que tenga la obligación de relacionarse electrónicamente con la Administración Pública; y *v)* los empleados públicos para aquellos trámites y actuaciones que realicen en su condición de empleados de la Administración, en la forma determinada reglamentariamente. Así pues, el precepto citado plantea varias cuestiones controvertidas.

En primer lugar, en relación con lo dispuesto en el artículo 14.3, lo relativo a la reserva de norma reglamentaria para establecer la obligación de relacionarse electrónicamente para determinados colectivos. Algunos autores han defendido la necesidad de establecer una reserva de ley, mientras que otros han considerado suficiente la reserva reglamentaria (15). En nuestra opinión, resulta suficiente la reserva reglamentaria, siempre y cuando se observe con diligencia que la norma presenta dicha naturaleza reglamentaria, ya que no son pocos los casos en que de la naturaleza del contenido y del procedimiento de aprobación de la norma no se desprende que estemos ante un reglamento administrativo. Por lo que en estos casos no podrá establecerse la obligación de relacionarse electrónicamente para determinados colectivos. Asimismo, cabe destacar que los tribunales no están siendo especialmente exigentes a la hora de pedir justificación sobre el cumplimiento de los requisitos legales que habilitan para imponer la relación electrónica (16) (esto solo podrá tener lugar cuando los obligados —por razón de su capacidad económica o técnica, dedicación profesional u otros motivos acreditados— tengan garantizada la disponibilidad y el acceso a los instrumentos tecnológicos que se precisen), lo que a nuestro juicio es mejorable y necesita de un mayor examen desde la perspectiva del control de la discrecionalidad.

Por otra parte, cabe significar que los obligados a relacionarse electrónicamente (ex artículo 14.2 y 14.3 LPACAP) no van a tener derecho a ser asistidos. La LPACAP establece que las Administraciones deben garantizar que los interesados puedan acogerse a la relación electrónica, para lo que va a poner a su disposición los canales de acceso, los sistemas y aplicaciones que sean necesarios en cada caso (artículo 12.1), a la vez que dispone que aquéllas deben asistir en el uso de medios electrónicos a los interesados —que

(15) A favor de la reserva de ley, véase (COTINO HUESO, 2004: 125-154), y en contra de la misma véase (GAMERO CASADO, 2016: 15-27).

(16) Destacadamente, véase la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de febrero de 2012, Rec. Núm. 7/2011, ES:TS:2012:2182.

así lo soliciten— no incluidos en los apartados 2 y 3 del artículo 14 (artículo 12.2). Además, este derecho a ser asistido en el uso de medios electrónicos viene también reconocido en el artículo 13, letra a), de la LPACAP. Por tanto, no se estaría reconociendo el derecho a ser asistido a aquellos que más lo necesitan: los obligados a relacionarse electrónicamente. En este punto, la redacción de la norma es mejorable y necesita dar mayor cobertura técnica a estos colectivos que están obligados, siempre y en todo caso, a relacionarse electrónicamente con la Administración; pues lo contrario supondría admitir la existencia de una indefensión o discriminación injustificada para estos.

2. El incumplimiento de la obligación de relacionarse electrónicamente: la subsanación electrónica

A diferencia de lo ocurría con derogada LAESP, la LPACAP va a obligar a la Administración a requerir al administrado para que subsane cuando éste no se comunica electrónicamente en los casos en que estuviese obligado a ello. El artículo 68.4 LPACAP dispone que si alguno de los sujetos obligados a relacionarse electrónicamente (ex artículo 14.2 y 14.3) presentase su solicitud de forma presencial, la Administración le requerirá para que subsane a través de la debida presentación electrónica. Además, el precepto dispone que, a estos efectos, se va a considerar como fecha de presentación de solicitudes aquella en la que se hubiese realizado la subsanación. En este punto, debemos entender que este régimen también se aplica a aquellos sujetos que, a pesar de no estar obligados a relacionarse electrónicamente, ejercitan su derecho a comunicarse por esta vía con la Administración. Así las cosas, el legislador ha dejado claro que si mediaba un plazo que ya hubiese precluido al momento de la subsanación, el interesado no habría cumplido con el mismo, lo que tendrá el efecto que corresponda en función de la naturaleza de cada procedimiento.

En este orden de cosas, existe una posición mayoritaria que apuesta por una interpretación más favorable al administrado, reconociéndole el derecho a subsanar en toda su extensión (17). Desde esta perspectiva, se estaría admitiendo que la nueva presentación se debe entender realizada dentro de plazo. Esta posición a favor de la persona física o jurídica se refuerza con aquella otra que apuesta por la necesaria regulación de la subsanación, así como de los efectos de las posibles comunicaciones no electrónicas o presentaciones de documentos en papel (18). Esto último parece más razonable, ya que sería aconsejable que en los casos en que el reglamento establece la obligación del administrado a relacionarse electrónicamente, sea el propio reglamento el que determine estos efectos de su incumplimiento. En nuestra opinión, esta interpretación a favor del

(17) GAMERO CASADO, 2016: 25-27.

(18) COTINO HUESO, 2018: 11.

administrado pudo ser admitida —con acierto— solo hasta la plena entrada en vigor de los preceptos relativos a la Administración electrónica —2 de abril de 2021—, ya que hasta esa fecha podía aplicarse el efecto favorable de la subsanación contenido en el Real Decreto 1671/2009, de 6 de noviembre, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos, el cual señalaba que si se subsana dentro de plazo —diez días—, la solicitud se entendería presentada desde el momento en que se realizó presencialmente —subsanación retroactiva—.

La realidad es que tenemos un precepto (artículo 68.4 LPACAP) muy claro e inequívoco —y plenamente aplicable desde el 2 de abril de 2021—, que no admite una interpretación *pro administrado*. Además, en nuestra opinión, la redacción de este precepto es acertada, en tanto estaría impidiendo que determinadas personas —de las que se puede presumir que son conocedoras de su obligación de relacionarse electrónicamente— presenten sus solicitudes de forma presencial con el propósito de obtener así una ampliación del plazo, lo que comporta agravios comparativos respecto de aquellos que cumplen con la mencionada obligación. En realidad, la subsanación tiene que concebirse para ser practicada dentro del plazo máximo de cada procedimiento, pero no debe en ningún caso dar una situación de ventaja a ciertas personas como consecuencia de que se les reabra un plazo material. Por tanto, el legislador —acertadamente— permite subsanar al administrado en estos supuestos, pero sin retrotraer los efectos a la primera solicitud (por existir una retroactividad *contra legem*), ya que ésta no adoptó una forma idónea. Así, este caso concreto no debe entenderse propiamente como una subsanación, ya que no se está reparando un defecto accesorio de la solicitud. De haberlo sido, la subsanación habría implicado que el plazo se computa desde la presentación de la solicitud. Por tanto, la solicitud no electrónica inicial debe tenerse por no realizada y la —mal denominada— subsanación, de ser extemporánea, dará lugar a una solicitud presentada fuera del plazo establecido. Eso sí, el legislador debería incluir alguna disposición que evite que la Administración espere al vencimiento del plazo para requerir la subsanación al administrado, ya que ello imposibilita que éste pueda subsanar en plazo. Una subsanación realizada en plazo nunca debería considerarse extemporánea, porque en ese caso nada se estaría subsanando. Por tanto, mantener este régimen supone dar una desigualdad de trato a los administrados, ya que el hecho de que la subsanación lleve aparejada la necesaria preclusión del plazo se hará depender de la fecha en que la Administración les requiera para subsanar.

Sobre esta materia se ha pronunciado el Tribunal Supremo en su sentencia núm. 954/2021, de 1 de julio de 2021 (19), para aclarar qué consecuencias

(19) Recurso de casación número 1928/2020. ES:TS:2021:2747.

se derivan del requerimiento de subsanación previsto en el artículo 68.4 LPACAP cuando no se cumple con la obligación de relacionarse electrónicamente. En el caso concreto, la sentencia que es objeto de recurso de casación (del TSJ de Castilla y León) admite que no puede decretarse la extemporaneidad del recurso de alzada —por tratarse de un procedimiento de revisión de actos, y no de un procedimiento iniciado a solicitud del interesado— cuando se interpone de forma telemática tras un previo requerimiento de subsanación, ya que lo contrario supondría atentar contra el principio de actos propios y el principio de confianza legítima. Así las cosas, el Tribunal Supremo, coincidiendo con el parecer del TSJ de Castilla y León, subraya que el trámite procedimental de subsanación específico contenido en el precepto citado está previsto solo para solicitudes presentadas ante la Administración de forma presencial, lo que implica admitir esta subsanación sin efecto retroactivo —o subsanación de carácter irretroactivo— solo en procedimientos iniciados a instancia de parte, y no en aquellos procedimientos iniciados de oficio (como, por ejemplo, los procedimientos de oposiciones y concursos o las convocatorias de subvenciones, donde es extendida la regulación reglamentaria de la obligación de relacionarse electrónicamente) ni en procedimientos de revisión de los actos administrativos (como el del caso enjuiciado). Lo contrario supondría una indefensión para al administrado, al vulnerarse los principios de confianza legítima, buena fe, así como el principio antiformalista, que rigen la tramitación de los procedimientos administrativos. Por tanto, el Tribunal Supremo confirma que la regla de la subsanación contenida en el artículo 68.4 LPACAP debe interpretarse en términos literales —ya que es un precepto claro, preceptivo e inequívoco— y quedará acotado a los procedimientos iniciados a solicitud de parte. Sobre este punto, coincidimos con el parecer del Tribunal Supremo, ya que el precepto en cuestión no admite una interpretación pro administrado, aunque entendemos que sería aconsejable establecer también la regla de la subsanación no retroactiva para los procedimientos de revisión de actos administrativos, ya que estos también son iniciados a instancia de parte (recursos de alzada o reposición), por lo que debería preverse esta regla de igual forma que sucede con los procedimientos iniciados a solicitud del interesado.

Por su parte, el Reglamento de Administración Electrónica reitera que en caso de que el obligado a relacionarse electrónicamente tenga que subsanar por haber presentado la solicitud presencialmente, se va a considerar como fecha de presentación de solicitudes aquella en la que se realiza la subsanación. Sin embargo, la norma reglamentaria define otros dos supuestos de subsanación para los que no se contempla esta eficacia irretroactiva, ya que no se contempla que la fecha de subsanación de los defectos vaya a tener la consideración de fecha de presentación de la solicitud. Por un lado, la posibilidad de subsanar el defecto consistente en haber presentado documentos no ajustados a los formatos y estándares determinados por la Administración, que

de no ser atendida por el interesado, se le tendrá por desistido de su solicitud o se entenderá que ha decaído en su derecho al trámite que corresponda. Por otro, se otorga al interesado la posibilidad de subsanar cuando la aportación de los documentos requeridos presente dificultades especiales y adolezcan de defectos subsanables, siempre que no se trate de procedimientos selectivos o de concurrencia competitiva.

IV. LAS NOTIFICACIONES ELECTRÓNICAS

1. La validez de las notificaciones electrónicas

Las notificaciones electrónicas van a lanzar importantes retos. Su importancia no radica tanto en el cumplimiento de las previsiones legales acerca de cómo se practican las mismas, sino en el hecho mismo de que las personas destinatarias de las notificaciones tengan un conocimiento cierto de éstas o, al menos, hayan podido tener conocimiento directo del contenido del acto administrativo notificado (20).

Las notificaciones electrónicas son entendidas como condición de eficacia de los actos administrativos, lo que abre camino a su ejecución forzosa (21). Destacadamente, ha existido una posición doctrinal en contra de la electrificación de las notificaciones, llegando a reivindicar su inconstitucionalidad, bajo el entendimiento de que éstas podrían afectar a las garantías esenciales de los ciudadanos. En este orden de cosas, en aras de seguir confirmando la legalidad de las notificaciones electrónicas obligatorias, tuvo lugar un importante pronunciamiento sobre el particular con la Sentencia núm. 47/2018, de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo, de 17 de enero de 2018 (Rec. núm. 3155/2016) (22), que consideró que no procede plantear cuestión de inconstitucionalidad contra los artículos 27.6 y 28.1 y 3 de la LAESP. La parte recurrente aducía que estos preceptos eran inconstitucionales, en tanto vulneraban el derecho a la tutela judicial efectiva y la reserva de ley establecidos en la Constitución Española para la regulación de los derechos fundamentales.

(20) Véase STS núm. 2448/2016, de 16 de noviembre de 2016. Recurso núm. 2841/2015, p. 7.

(21) Sobre esta materia véase (S. RAMOS, 2017: 217-230), (F. PLEITE, 2017: 1-25) y (N. SOLAR, 2017: 359-376).

(22) Recurso número 3155/2016. ES:TS:2018:74. A la mercantil Ingersoll-Rand Holding, S.L. se le giró una liquidación de un importe determinado por el Impuesto sobre Sociedades de los ejercicios 2007/2008. Frente a esta liquidación, la mercantil planteó una reclamación económico-administrativa, que fue inadmitida por extemporánea a través de resolución del Tribunal Económico-Administrativo (TEAC). La mercantil promovió el proceso de instancia mediante un recurso contencioso-administrativo dirigido contra la resolución del TEAC, y la sentencia de la Audiencia Nacional desestimó el recurso. Finalmente, se recurre esta sentencia desestimatoria ante el Tribunal Supremo, cuyo fallo desestima el recurso de casación.

La Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo desestimó el recurso de casación (23), aduciendo que no existe reproche alguno a la constitucionalidad de los preceptos relativos a las notificaciones electrónicas. En relación con la posible afectación al ejercicio del derecho fundamental de tutela judicial efectiva, la sala entiende que se cumple el requisito de reserva de ley establecido para la regulación de dicho ejercicio en el artículo 53.1 de la Constitución Española, en tanto los dos preceptos de dudosa constitucionalidad (artículos 27.6 y 28.1 y 3 LAESP) formaban parte de una norma con rango de ley. Asimismo, señala el tribunal que la obligación de comunicarse por medios electrónicos, así como su régimen y efectos, encuentran una justificación proporcional y razonable. El fallo judicial incide en que es razonable establecer esta obligación en tanto ello permite alcanzar la máxima eficacia administrativa que ofrece la notificación electrónica, lo que va a revertir positivamente en las personas jurídicas y colectivos que tienen garantizado el acceso y la disponibilidad de medios tecnológicos precisos (24). Asimismo, también considera el Alto Tribunal que la obligación es proporcional, en tanto: *i)* ello se desprende de la mayor eficacia administrativa, y con ello mayor atención de los intereses generales; *ii)* se garantiza así que la información llega a su destinatario de forma exacta; y *iii)* no se aprecia que esta obligación vulnere intereses o derechos relevantes.

2. La práctica de la notificación electrónica

Mención especial merece la posibilidad que tiene cada administración u organismo de decidir si opta por la notificación electrónica a través de la Dirección Electrónica Habilitada Única (en adelante, DEHÚ), mediante comparecencia en la sede electrónica de la administración u organismo actuante o por medio de ambos sistemas (ex artículo 43.1 LPACAP). En este orden de cosas, el Reglamento de Administración Electrónica desarrolla varios aspectos relativos a la práctica de la notificación por medio de estos dos sistemas.

Así, la norma reglamentaria establece que, en caso de que se prevean ambos sistemas, para el cómputo de plazos se va a considerar la fecha y la hora de acceso al contenido o, en su caso, la del rechazo de la notificación por parte del interesado o de su representante en el sistema que haya tenido lugar en primer término. En este punto, hay que tener presente que si el órgano

(23) Recurso de casación núm. 3155/2016, interpuesto por Ingersoll-Rand Rodamientos Holding, S.L., contra la Sentencia de la Sección 2ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 19 de julio de 2016 (dictada en el recurso núm. 573/2013).

(24) Sobre este carácter razonable también destacan la STS 1927/2017, de 11 de diciembre, en número de recurso 2436/2016 (ES:TS:2017:4323) y la STSJ de Castilla-La Mancha núm. 91/2020, de 12 de mayo, en número de recurso 1206/2019 (ES:TSJCLM:2020:207).

que dicta el acto es de la AGE, la notificación se va a poner a disposición del interesado por medio de la DEHú y, de forma complementaria, de la sede electrónica, incluso si la notificación que se pone a disposición del interesado es en papel. Así, la comparecencia voluntaria del interesado por medio de alguno de estos sistemas —accediendo o rechazando su contenido— tendrá pleno efecto jurídico y tendrá derecho a hacerla con independencia de que esté obligado o no a relacionarse electrónicamente. También se señala que para lo procedimientos que lo admitan, se establecerá una sucesión de personas físicas o jurídicas —*inter vivos* o *mortis causa*— a efectos de notificación electrónica.

En particular, en relación con la notificación practicada por medio de la DEHú, el reglamento de Administración Electrónica establece que todas las Administraciones y sus organismos públicos y entidades de derecho público vinculadas o dependientes deben colaborar para crear sistemas interoperables que permitan a los usuarios acceder a todas las notificaciones, con independencia de la Administración que se trate y de si se ha practicado la notificación en papel o de forma electrónica. Si existen incidencias técnicas que imposibilitan el normal funcionamiento de la DEHú, y siempre que éstas se puedan evidenciar, se reconocerá al ciudadano el derecho a ver ampliado el plazo no vencido para comparecer y acceder a las notificaciones. Antes de que el interesado acceda a la notificación que se pone a su disposición, se le debe informar de que se dará por efectuado este trámite y se continuará el procedimiento si rechaza la misma expresamente o si no accede a su contenido pasados diez días naturales, por lo que, para que pueda darse por efectuado el trámite de notificación, debe quedar constancia de ese momento de acceso o de su rechazo expreso o presunto. Asimismo, si además de la DEHú se utiliza la notificación en sede electrónica, el estado de trámite de la notificación se debe sincronizar automáticamente en ambos sistemas utilizados.

Todo ello provoca que existan numerosas sedes electrónicas, lo que —a nuestro juicio— complica en exceso las relaciones con el administrado, especialmente cuando se trata de una empresa de gran envergadura que recibe numerosas notificaciones de las distintas Administraciones Públicas. Así pues, debe caminar hacia una mayor simplificación de este entorno digital; esto es, hacia un modelo basado en un sistema de notificación electrónica definido a nivel nacional que permita al administrado contar con un buzón electrónico donde se centralicen todas las notificaciones.

3. ¿Cuándo se entenderá cumplida la obligación de notificar dentro del plazo máximo de duración de los procedimientos?

El apartado 4 del artículo 40 LPACAP establece que a los efectos de entender cumplida la obligación de notificar dentro del plazo máximo de duración de los procedimientos, será necesario acreditar el intento de notificación, la

cual debe contener el texto íntegro de la resolución. Así las cosas, en el artículo 42.2 LPACAP se diseña un sistema que va a exigir un segundo intento de notificación, en hora distinta y dentro de los tres días siguientes, para el caso de que en un primer intento nadie se hiciera cargo de la notificación en cuestión.

En este orden de cosas, el artículo 43 LPACAP —relativo a la práctica de notificaciones a través de medios electrónicos—, en su apartado segundo, establece, como regla general, que la notificación llevada a cabo por medios electrónicos se entenderá realizada, y en consecuencia produce efectos, desde el momento en que se produce el acceso a su contenido. En relación con esto, cabe destacar que el Reglamento de Administración Electrónica (artículo 42.3) señala que la notificación por comparecencia en la sede electrónica o a través de la DEHú lleva aparejada la puesta a disposición del interesado de un acuse de recibo, lo que permite justificar el acceso al contenido de la notificación o el rechazo de la misma. Este acuse de recibo va a contener, como mínimo, la identificación del acto, de la persona destinataria, de la hora y fecha de la puesta a disposición y de la fecha y hora del acceso al contenido o del rechazo. Por otro lado, según dispone el tercer apartado del artículo 43, se define la siguiente regla especial: se entenderá cumplida la obligación de la Administración de notificar dentro del plazo máximo de duración de los procedimientos (ex artículo 40.4 LPACAP) con la puesta a disposición de la notificación en la sede electrónica de la Administración u organismo actuante o en la DEHú. Cabe significar que esta puesta a disposición puede venir precedida de un aviso de puesta a disposición —que en ningún caso puede entenderse como sustitutivo de la notificación (STC 6/2019, de 17 de enero (25))—, referenciado en el artículo 43 del Reglamento de Administración Electrónica —en los mismos términos a que se refiere artículo 41.5 LPACAP—. La falta de aviso, como recuerda el reglamento citado, no va a impedir que la notificación electrónica sea considerada plenamente válida, pero, en nuestra opinión, ello podría determinar la nulidad de la notificación del acto si se dan circunstancias especiales que hubiesen generado al interesado cierta confianza legítima para entender que una notificación siempre va a ir precedida de un aviso. Específicamente, en relación con los obligados a relacionarse electrónicamente en procedimientos iniciados de oficio, el reglamento señala que cuando la Administración no disponga del contacto electrónico del destinatario para poder practicar el aviso de la puesta a disposición, la primera notificación la debe hacer en papel, poniendo en conocimiento del interesado que en lo sucesivo se van a practicar de forma electrónica y que puede identificar un contacto electrónico a los efectos de dirigir al mismo el aviso. Esto último ha constituido una aclaración muy acertada por parte del Reglamento

(25) El TC dispone que este aviso debe entenderse como un instrumento de ayuda, que permite facilitar el acceso a la notificación, pero que en ningún caso puede sustituirla.

de Administración Electrónica, ya que la LPACAP no decía nada al respecto, lo que provocaba una importante indefensión para el interesado. Hasta la fecha, solo existía algún pronunciamiento sobre el particular a favor de esta interpretación favorable al interesado (26), por lo que era muy necesaria esta aclaración reglamentaria, la cual, por su importancia, debería también verse reflejada en la LPACAP.

Así pues, en relación con estas reglas a que nos hemos referido *supra* —general y especial—, el Tribunal Supremo (sala 3ª), en su reciente sentencia núm. 1320/2021, de 10 de noviembre de 2021 (27), ha admitido que los preceptos que las regulan siguen la estructura que tenía el extinto artículo 58 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC), para las notificaciones en papel. Así las cosas, debe distinguirse entre, de un lado, la «notificación», a los efectos de que el acto administrativo despliegue todos sus efectos —lo que permite abrir los plazos para la interposición del recurso administrativo o judicial— (artículo 43.2 LPACAP) y, de otro lado, el «intento de notificación», a los solos efectos de dar por cumplida la obligación de notificar dentro del plazo máximo de duración de los procedimientos (Artículo 43.3 LPACAP). Por tanto, el TS —acertadamente— subraya que cuando la notificación sea electrónica, la puesta a disposición de la misma en la sede electrónica o en la DEHú será suficiente para dar por cumplida la obligación de notificar dentro del plazo máximo de duración de los procedimientos. Además, cabe significar que esta regla especial se ha recogido en idénticos términos en el artículo 45.3 del Reglamento de Administración electrónica.

V. CONCLUSIONES

Primera. Los procedimientos administrativos deben ser cada vez más eficaces, económicos y rápidos, lo que no debe ir en detrimento de las garantías de seguridad y confidencialidad de los datos personales de los ciudadanos. Por ello, las Administraciones deben caminar hacia un sistema de administra-

(26) Véase, entre otras, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia núm. 295/2020, de 04 de diciembre.

(27) Número de recurso 4886/2020. ES:TS:2021:4105. Esta sentencia fija doctrina casacional en relación con el *dies ad quem* en un procedimiento de revocación de subvenciones. La Sala 3ª del Tribunal Supremo se ha pronunciado sobre el recurso de casación interpuesto por la Administración del Estado, representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado, contra la sentencia de 30 de junio de 2020, dictada por la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, en el recurso número 923/2017, sobre reintegro de subvención, en el que ha intervenido como parte recurrida GALEON SOFTWARE S.L.

ción electrónicamente plenamente integrado, productivo, eficiente y capaz de proyectarse sobre todas las esferas de la actividad administrativa. El impulso de la digitalización en las Administraciones debe ir acompañada de un reconocimiento adecuado de los derechos del ciudadano en el nuevo entorno digital. En este sentido, la Carta de Derechos Digitales ha sido bien recibida, aunque deberá ser adaptada a las circunstancias cambiantes de este escenario digital, ya que la implementación de la e-Administración como vector de crecimiento económico del país pasa por proteger los derechos individuales y colectivos de los ciudadanos.

Segunda. Una amplia posición doctrinal se ha posicionado en contra de la electrificación de las notificaciones, en tanto éstas se conciben como condición necesaria de eficacia de los actos administrativos. Se ha planteado la posible inconstitucionalidad de las notificaciones electrónicas, bajo el entendimiento de que éstas afectan a las garantías esenciales de los ciudadanos y, en concreto, vulneran el derecho a la tutela judicial efectiva. Sin embargo, en sintonía con lo aducido por los tribunales, entendemos que la implementación de las notificaciones electrónicas es necesaria y positiva para las personas jurídicas y colectivos con acceso y disponibilidad de medios tecnológicos, ya que reportan importantes beneficios en términos de eficacia administrativa. Los medios electrónicos permiten poner a disposición del administrado un contenido preciso del acto administrativo, lo que supone una mejor atención de los intereses generales.

Tercera. El Reglamento de Administración Electrónica (Real Decreto 203/2021) ha desarrollado varios aspectos relativos a la práctica de la notificación electrónica por medio de la DEHú y por comparecencia en la sede electrónica de la Administración u organismo actuante. La llegada de este reglamentario debe calificarse como positiva, pues son varias las cuestiones que necesitaban de desarrollo (sobre cómputo de plazos, efectos jurídicos, sucesión de personas físicas o jurídicas, interoperabilidad administrativa, adhesión, incidencias técnicas, avisos, acceso al contenido del acto y sincronización automática). Sin embargo, la existencia de numerosas sedes electrónicas va a complicar en exceso las relaciones de la Administración para con el interesado, especialmente cuando éste es una persona jurídica cuyo volumen de notificaciones es muy elevado. Así las cosas, es conveniente que se configure un entorno digital más simplificado, donde exista un sistema o buzón único y centralizado de notificación electrónico, definido a nivel nacional.

Cuarta. Sobre las reglas contenidas en los apartados 2 y 3 del artículo 43 de la LPACAP se ha pronunciado recientemente el Tribunal Supremo (sentencia núm. 1320/2021, de 10 de noviembre), confirmando —de forma acertada— que la puesta a disposición de la notificación en la sede electrónica o en la DEHú va a ser suficiente para dar por cumplida la obligación

de notificar dentro del plazo máximo de duración de los procedimientos. Por tanto, debemos distinguir entre, de un lado, el despliegue pleno de efectos de la notificación tras el acceso a su contenido (regla general), lo que permite abrir plazos para interponer recursos, y, de otro, el intento de notificación con la puesta a disposición de la misma (regla especial), lo que tendrá los solos efectos de dar por cumplida la obligación de notificar dentro del plazo máximo de duración de los procedimientos. Además, cabe subrayar que esta regla especial se ha recogido en idénticos términos en el actual Reglamento de Administración Electrónica.

Quinta. La falta de aviso, como recuerda el Reglamento de Administración Electrónica, no impedirá que la notificación electrónica sea considerada plenamente válida, pero, a nuestro juicio, esto podría determinar la nulidad de la notificación del acto si se diesen circunstancias especiales que pudieran haber generado confianza legítima al interesado para entender que la notificación debe ir precedida del aviso (como, por ejemplo, haber recibido avisos por parte de una misma Administración con anterioridad, para asuntos de idéntica naturaleza). El Reglamento de Administración Electrónica aclara que —en procedimientos iniciados de oficio y en relación con los obligados a relacionarse electrónicamente— cuando no hay contacto electrónico del administrado al que dirigir el aviso, se le hará una primera notificación en papel y se le pedirá que identifique un contacto electrónico para sucesivas notificaciones. Esta cuestión ha sido contemplada con acierto y sería aconsejable que se incluyese también en la LPACAP.

Sexta. En relación con el artículo 14.3 LPACAP, entendemos que resultaría suficiente la reserva reglamentaria —sin necesidad de exigir para ello una reserva de ley—, siempre que quede garantizado que la norma presenta la mencionada naturaleza reglamentaria, lo que en la práctica ha planteado numerosos problemas. De no presentar esta naturaleza, no podrá establecerse la obligación de relacionarse electrónicamente para determinados colectivos. Además, los tribunales deben realizar un examen más exhaustivo sobre el cumplimiento de los requisitos legales que habilitan para imponer reglamentariamente la relación electrónica .

Séptima. Los obligados a relacionarse electrónicamente (ex artículo 14.2 y 14.3 LPACAP) no tendrán reconocido el derecho a ser asistidos. La LPACAP (artículo 12.2) establece que las Administraciones deben asistir en el uso de medios electrónicos a los interesados que así lo soliciten, cuando estos no estén incluidos en los apartados 2 y 3 del artículo 14. Además, este derecho a ser asistido en el uso de medios electrónicos viene también reconocido en el artículo 13, letra a), de la LPACAP. Se observa cómo no se reconoce el derecho a ser asistido en el uso de medios electrónicos a aquellos que más lo necesitan: los obligados a relacionarse electrónicamente. Así las cosas, la

LPACAP debería reconocer este derecho, ya que la redacción actual supone una indefensión o discriminación injustificada para estos sujetos obligados a relacionarse electrónicamente.

Octava. Debemos sujetarnos a la literalidad del artículo 68.4 LPACAP, tal y como ha señalado con acierto el Tribunal Supremo, ya que éste no admite una interpretación pro administrado. El precepto —acertadamente— estaría impidiendo que determinadas personas —siendo conocedoras de su obligación de relacionarse electrónicamente— presenten sus solicitudes de forma presencial con el único propósito de lograr así una ampliación del plazo, lo que comporta agravios comparativos respecto de aquellos que cumplen con esta obligación. Pero debemos subrayar que la redacción del precepto es mejorable, porque podría estar provocando cierta indefensión al administrado, en tanto el hecho de que la subsanación lleve aparejada la preclusión del plazo se hace depender de la fecha en que la Administración emite el requerimiento. Además, en nuestra opinión, sería aconsejable establecer también la regla de la subsanación no retroactiva para los procedimientos de revisión de actos administrativos, ya que estos también son iniciados a instancia de parte (recursos de alzada o reposición).

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ANDRÉS SEGOVIA, Belén (2020): «Derecho e innovación en la Agenda España Digital 2025», en *Diario La Ley*, núm. 9743, pp. 1-23.
- CERRILLO I MARTÍNEZ, Agustí (2005): «Administración electrónica», en Peguera Poch, Miquel (coord.), *Derecho y nuevas tecnologías*, Ed. Universitat Oberta de Catalunya (UOC), Barcelona, pp. 231-286.
- COTINO HUESO, Lorenzo (2004): «Derechos del ciudadano administrado electrónicamente e igualdad ante la implantación de la Administración electrónica», en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 68, pp. 125-154.
- (2011): «Los derechos de la ciudadanía ante la Administración electrónica en la legislación española», en *Revista aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, núm. 26, pp. 19-45.
- (2018): «La obligación de relacionarse electrónicamente con la Administración y sus escasas garantías», en *Revista de Internet, Derecho y Política*, núm. 26, pp. 3-14.
- DURÁN RUIZ, Francisco Javier (2009): «Retos y oportunidades de la administración y el gobierno electrónicos: Derecho a las TIC y alfabetización digital», en *Zona Próxima*, núm. 10, pp. 104-125.
- GAMERO CASADO, Eduardo (2017): «Administración electrónica e interoperabilidad», en MARTÍN DELGADO, Isaac (dir.), *La reforma de la administración*

- electrónica: una oportunidad para la innovación desde el derecho*, Ed. Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), Madrid, pp. 499-517.
- GAMERO CASADO, Eduardo (2016): «Panorámica de la administración electrónica en la nueva legislación administrativa básica», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 175, pp. 15-27.
- GARCÍA GONZÁLEZ, Aristeo (2011): «Los retos de la nueva administración pública en el ejercicio del derecho de acceso a la información: una visión comparada», en *Derecho Comparado de la Información*, núm. 18, pp. 3-33.
- GRANDE DE PRADO, Mario, CAÑÓN RODRÍGUEZ, Ruth y CANTÓN MAYO, Isabel (2016): «Tecnologías de la información y la comunicación. Evolución del concepto y características», en *International journal of Educational Research and Innovation*, núm. 6, pp. 218-230.
- MENÉNDEZ SEBASTIÁN, Eva María (2018): «La contribución de las TIC a una Administración más eficaz», en PUNSET BLANCO, Ramón y ÁLVAREZ ÁLVAREZ, Leonardo (coords.), *Cuatro décadas de una Constitución normativa (1978-2018): Estudios sobre el desarrollo de la Constitución Española*, Ed. Thomson Reuters-Civitas, pp. 459-475.
- PLEITE GUADAMILLAS, Francisco (2017): «¿La notificación electrónica es una auténtica notificación?», en *Actualidad Administrativa*, núm. 2, pp. 1-25.
- RALLO LOMBARTE, Artemi (2010): «La Administración electrónica y el derecho a la protección de datos personales», en *Serie Calves del Gobierno Local*, núm. 12, pp. 61-73.
- RAMOS ROMERO, Sara (2017): «El régimen jurídico de la notificación administrativa electrónica en la Ley 39/2015», en Martín DELGADO, Isaac (dir.), *La reforma de la administración electrónica: una oportunidad para la innovación desde el derecho*, Ed. Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, pp. 217-230.
- RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime (2008): «El derecho fundamental al buen gobierno y a la buena administración de instituciones públicas», en *Anuario de derecho administrativo*, núm.15, pp. 113-121.
- SOLAR JIMENO, Natalia (2017): «¿El nuevo régimen de las notificaciones administrativas?», en *Revista Galega de Administración Pública*, núm. 54, pp. 359-376.

LA POTESTAD DE DACIÓN DE FE PÚBLICA, CERTIFICAD Y DE CONSTANCIA FEHACIENTE DE LAS UNIVERSIDADES PÚBLICAS^(*)

ROSA MARÍA CUERVA ROMERO
Universidad de Almería

SUMARIO. I. INTRODUCCIÓN.– II. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA REGULACIÓN ACTUAL.– III. MARCO NORMATIVO DE LOS SECRETARIOS GENERALES.– IV. LA FUNCIÓN CERTIFICANTE EN LOS ESTATUTOS UNIVERSITARIOS ACTUALES: 1. El Secretario general como fedatario de la universidad. 2. Secretarios de facultad o escuela. 3. Secretarios de departamento. 4. Secretarios del consejo social.– V. VALOR PROBATORIO DE LOS DOCUMENTOS PÚBLICOS ELECTRÓNICOS Y CERTIFICACIONES EXPEDIDOS POR LAS UNIVERSIDADES: 1. Valor probatorio de las certificaciones universitarias. 2. Valor probatorio de las copias de documentos públicos universitarios emitidas por el órgano competente (artículo 27.2 LPACAP). 3. Potestad certificante de la universidad en el ámbito disciplinario y sancionador. 4. Valor reforzado al documento público administrativo universitario en otras normas generales.– VI. EL DOCUMENTO ADMINISTRATIVO UNIVERSITARIO Y SUS COPIAS: 1. El documento administrativo y el principio de equivalencia de soportes. 2. Diferencia entre acto administrativo, forma y soporte o documento. 3. Requisitos para la validez de los documentos administrativos. 4. Consecuencias sobre el incumplimiento de los requisitos de validez. 5. Validez y eficacia de las copias realizadas por las universidades públicas. 6. Validez de los documentos electrónicos transmitidos. 7. Condiciones y garantías.– VII. CONCLUSIONES.– VIII. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: El presente trabajo pretende, a la vista de la escasa regulación jurídico-administrativa sobre la actividad de dación de fe pública, certifiad y de constancia fehaciente de las Universidades públicas, efectuar una aproximación al marco de la potestad certificante de la Universidad, como sujeto legitimado para certifiar documentalmente actos o hechos, sin olvidar la singular relevancia de las certifiaciones como documentos públicos administrativos.

Palabras clave: dación de fe pública; certifiado; certifiaciones; documento público; secretario (1).

(*) Trabajo recibido en esta REVISTA con fecha 06/02/2022 y evaluado favorablemente para su publicación el 27/03/2022.

(1) Todas las denominaciones de órganos de gobierno, representación, cargos, funciones y miembros de la Comunidad Universitaria, así como cualesquiera otras que en el presente trabajo se efectúen en género masculino, se entenderán hechas indistintamente en género femenino, según el sexo del titular que los desempeñe.

ABSTRACT: In view of the lack of legal and administrative regulations on the public universities' public certification and certification activities, this paper aims to approximate the framework of the university's, certifying power as a legitimate subject to certify acts or facts in documentary form, without forgetting the singular relevance of certifications as public administrative documents.

Key words: public affidavit; certificate; certifications; public document; secretary.

I. INTRODUCCIÓN

Decía GARRIDO FALLA (1957:76), al abordar el estudio de la fe pública, que es «la garantía que da el Estado de que determinados hechos que interesan al Derecho son ciertos», lo cual se consigue dotando a los documentos donde constan de determinados requisitos que aseguren su autenticidad y que se conviertan en el sello de la autoridad pública.

MONTORO PUERTO (1969:205-235) distingue entre el acto de certificación y el documento a través del cual éste se exterioriza y describe la actividad de carácter certificante como una de las más importantes manifestaciones de la actividad legitimadora de la Administración, siendo el certificado el instrumento a través del cual ésta se manifiesta.

Se pueden definir las certificaciones como los documentos en los que se asegura la verdad de hechos, actos, acuerdos u otros aspectos que constan en los expedientes administrativos y que la Administración universitaria, al igual que las restantes Administraciones Públicas, emiten a fin de que constituyan un medio de publicidad específica especialmente realzada. Los actos administrativos certificantes deben tener reflejo en la realidad administrativa que acredita y el hecho de reconocer valor probatorio reforzado a éstos constituye una potestad administrativa (2) que implica un ejercicio de autoridad.

Como es sabido, la Administración universitaria está compuesta por órganos (3) que ejercen sus competencias y funciones a través de una determinada

(2) «Las potestades son inalienables, intransmisibles e irrenunciables, justamente porque son indisponibles por el sujeto en cuanto creación del Derecho objetivo supraordenado al mismo. El titular de la potestad puede ejercitarla o no, pero no puede transferirla; la propia Ley puede, a lo sumo, permitir su delegación de ejercicio (arts.12 y 13 LPC, etc.). Las potestades son también imprescriptibles, aunque su ejercicio puede estar sometido a caducidad o decadencia. Las potestades son, en fin, inagotables e idénticas a través de su ejercicio, que más que consumirlas las confirma. Son también insusceptibles de modificación por el titular; sólo la Ley, en que tienen su origen, puede alterarlas o extinguirlas» (GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, 2017:488).

(3) En cuanto al órgano, es la unidad administrativa diferenciada del aparato organizativo de una persona jurídica a la que se atribuyen un conjunto de funciones para su resolución o gestión; los órganos se configuran jurídicamente por sus normas reguladoras como un

distribución orgánica (4). Las Universidades son entes públicos que ordenan su actuación a través de órganos de gobierno y representación, cuya función de certificación se reconoce, además de al Secretario General, a los secretarios de los órganos colegiados ex artículo 16 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP).

En la Universidad, el Gobierno establece las directrices y las condiciones para la impartición de los estudios conducentes a la expedición y obtención de los títulos universitarios de carácter oficial y con validez en todo el territorio nacional [artículo 34 de la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades (LOU)], por lo que las Universidades desempeñan una importante actividad de dación de fe o de certeza, en su mayor parte con un contenido docente, pero las Administraciones universitarias también emiten otros muchos certificados; así sucede en materia de personal, en relación a la contratación administrativa, de existencia de crédito, subvencional, de disponibilidad de terrenos o patrimonial, entre otras. Señala CÁMARA DEL PORTILLO (2008:40), como fuente de numerosos problemas, la práctica de otras certificaciones emitidas en las Universidades públicas por los titulares de órganos, unidades o servicios sin una clara habilitación legal (5).

Esta situación es consecuencia de diversas causas: ya sea por la discreción o deficiente regulación en el desarrollo normativo de la actividad de dación de fe pública universitaria, ya sea por el extraordinario aumento de estructuras

conjunto ideal de atribuciones (que son el núcleo de funciones que se le encomiendan), unos medios materiales y financieros para su cumplimiento, y un titular, que es la persona física cuya voluntad se imputa al órgano (en el caso de los órganos colegiados por varias personas físicas que son sus miembros) (COSCULLUELA MONTANER, 2019:150).

(4) Como sostiene LLADÓ MARTÍNEZ (2017:374), es la propia observación y sentido de la realidad la que nos empuja a constatar que la Administración universitaria se organiza orgánicamente lo mismo que cualquier otra Administración Pública, y no sólo se compone de órganos administrativos meramente operacionales o técnicos, sino que las competencias universitarias son ejercidas, antes que nada, por sus órganos de gobierno y representación, en modalidades tanto colegiadas como unipersonales.

(5) En este sentido trata la sentencia núm. 956/2013, de 16 diciembre, del TSJ de la Comunidad Valenciana (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª), ponente: Rafael Salvador Manzana Laguarda, para reconocer a la interesada el derecho a la adjudicación de una plaza. El mérito invocado por la actora aparecía certificado por el Jefe del Servicio de Estudiantes, órgano carente de capacidad certificadora —como se indica en la Sentencia de instancia, aunque advirtiendo que ello no consta fehacientemente acreditado, y la Administración, al resolver la reclamación, y sin exceder del ámbito de las competencias que ostenta en ese trámite procedimental, sostiene que tratándose de un Máster universitario, el certificado debió haber sido expedido por el órgano o autoridad académica competente, teniendo tal consideración el Rector, Vicerrector, el Director del Centro de Formación Permanente, el Director de Estudios de Posgrado y Formación Continua, el Secretario General de Universidades, los Vicerrectorados de extensiones universitarias e Instituto de Ciencias de la Educación de la Universidad, así como las autoridades competentes en materia de formación.

y organizaciones complementarias o de auxilio (MORA RUIZ, 2018:513) a los órganos de gobierno y representación que, ex artículo 13 LOU, se consideran mínimos y necesarios (6). Precisamente a los órganos predeterminados legal y preceptivamente en la organización universitaria se unen sus respectivas comisiones delegadas, órganos de selección, comisiones de valoración para la concesión de becas, ayudas, premios, subvenciones, otras comisiones, comités, tribunales, consejos de campus, fundaciones, sociedades..., que hace necesario determinar y aclarar las distintas funciones de dación de fe pública encomendadas a los secretarios de los «órganos colegiados universitarios» y al Secretario General de la Universidad.

Lejos de abordarse tan importante cuestión —señala CÁMARA DEL PORTILLO (2008:41)— la normativa universitaria guarda un silencio absoluto sobre la actividad certificante de las Universidades [frente a la figura de los Secretarios Generales de otras Administraciones Públicas (MARTÍN DE LA LEONA, 1998:324)], carencia legal que en la práctica parece haber sido interpretada como que se da carta blanca a todos los empleados públicos de la universidad para emitir certificados sobre cualquier tipo de materias relacionadas con el ejercicio de sus funciones.

En cuanto a quién puede pedir la certificación, el artículo 17.7 LRJSP prevé que «quienes (7) acrediten la titularidad de un interés legítimo podrán dirigirse al Secretario de un órgano colegiado para que les sea expedida certificación de sus acuerdos». No obstante, se trata de un derecho de los ciudadanos como consecuencia del derecho general de acceso a los archivos administrativos.

El artículo 17.7 LRJSP incide directamente en las relaciones entre el interesado (el artículo 4.1 LPACAP considera interesados a los titulares de intereses legítimos, ya sean éstos individuales o colectivos) y la Administración como parte del procedimiento administrativo común (artículo 149.1.18º. CE).

Además, la obtención de certificaciones se ampara en el ejercicio del derecho de acceso a la información pública, en los términos del artículo 105.2 CE o, en el ejercicio del derecho de los ciudadanos de acceder a los archivos y registros administrativos que regula la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (LTBG), según reconoce de forma expresa el artículo 13.d) de la Ley 39/2015, de 1 de octu-

(6) Los Estatutos de las Universidades públicas establecerán, en todo caso, los siguientes órganos colegiados: Consejo Social, Consejo de Gobierno, Claustro Universitario, Juntas de Escuela y Facultad y Consejos de Departamento; junto a los unipersonales: Rector, Vicerrectores, Secretario General, Gerente, Decanos de Facultades, Directores de Escuelas, de Departamentos y de Institutos Universitarios de Investigación.

(7) No obstante, debe observarse que en el ámbito local se prevé que cualquier ciudadano, sin necesidad de acreditar un interés especial, tiene derecho a obtener certificaciones acreditativas de los acuerdos de las Corporaciones Locales y de sus antecedentes (artículo 70.3 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (LRBRL).

bre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP). En este sentido, tiene la consideración de información pública todo contenido o documento, cualquiera que sea su formato o soporte, que obre en poder de alguno de los sujetos incluidos en el listado del artículo 2 (8) de la LTBG —que se refiere ampliamente a las entidades que integran el Sector Público estatal— y que hayan sido elaborados o adquiridos en el ejercicio de sus funciones (GUINOT BARONA, 2021:103-114).

Así las cosas, la LOU, en sus artículos 31 y 32 previó la constitución de la ANECA con funciones de evaluación y las conducentes a la certificación (9) y acreditación, entre otras, de las actividades docentes, investigadoras y de gestión del profesorado universitario.

El hecho de que a las certificaciones se les reconozca valor probatorio reforzado supone indudablemente un ejercicio de autoridad, representa un poder exorbitante que escapa de la natural capacidad de los particulares y constituye una potestad administrativa. Ahora bien, el hecho de que los documentos en cuestión los expidan empleados laborales, o que quienes certifiquen actos o actuaciones carezcan de la condición de funcionarios públicos, no les priva de todo valor: tendrán, eso sí el que corresponde a cualquier otro documento en nuestro ordenamiento jurídico, quedando expuesto a los criterios generales de valoración (GAMERO CASADO, 2021:125).

En definitiva, el tema de la potestad certificante de la Administración es uno de los menos estudiados por la doctrina administrativa, pero que —como señala CÁMARA DEL PORTILLO (2008:42-43)— «habrá que estudiar algún día con metodología sistémica», y que, como apuntan GONZÁLEZ PÉREZ y GONZÁLEZ NAVARRO (2012:9) daría para conformar «una monografía previsiblemente extensa», que incidiera, en especial, como subraya MARTÍN DE LA LEONA (1998:309) en la potestad certificante del Secretario General de la Universidad, con independencia de otras cuestiones como las relativas a su nombramiento y cese propias de los puestos de confianza, pero que carece de un marco jurídico general del que extraer un listado mínimo de competencias, cuestión ésta a la que se hace referencia en las páginas que siguen.

(8) Artículo 2.1.d) «Las entidades de derecho público con personalidad jurídica propia, vinculadas a cualquiera de las Administraciones Públicas o dependientes de ellas, incluidas las Universidades públicas».

(9) El TS ha asegurado en numerosas sentencias que no se pueden llevar a cabo por personal laboral actuaciones o funciones de dación de fe pública y gestión de registros administrativos, asesoramiento legal preceptivo, control y fiscalización interna de la gestión económica financiera y presupuestaria, de evaluación, control, autorizatorias, de vigilancia e inspección, propuestas de resolución, etc., de naturaleza indudablemente administrativa, tal y como declaró la STS 75/2019, de 29 de enero de 2019, Sala de lo Contencioso-Administrativo, sección 3.º, recurso 994/2016, ponente: Eduardo Espín Templado.

II. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA REGULACIÓN ACTUAL

MARTÍN DE LA LEONA (1998:305) pone de manifiesto la falta de material y la percepción de transitoriedad en todo aquello que afecta a la definición de la figura y funciones del Secretario General de la Universidad (figura repleta de funciones y contenido en el pasado) y su preterición en las leyes universitarias del periodo constitucional.

En el momento actual, tanto la LOU como la Ley Orgánica 11/1983, de 25 de agosto, de Reforma Universitaria (LRU) siguen la línea marcada por la Ley 14/1970, de 4 de agosto, General de Educación y Financiamiento de la Reforma Educativa (LGE), Ley que guardaba silencio sobre la figura del Secretario General (10) y los Secretarios de las Facultades y Escuelas, hasta el punto de que ni siquiera los incluía entre los órganos unipersonales de gobierno de las Universidades [artículo 76.2.a)] (MARTÍN DE LA LEONA, 1998:318).

La denominada Ley Moyano de 1857 (11) solo dedicó dos artículos a la figura del Secretario General y otros dos más a los Secretarios de Facultades y Escuelas. Así pues, el artículo 266 de la Ley Moyano preveía que: «en cada distrito universitario habrá, a las inmediatas órdenes del Rector, un Secretario General nombrado por el Gobierno a cuyo cargo estarán las oficinas de la Universidad. Para obtener este destino se requiere ser Licenciado o haber

(10) Esta carencia legal contrasta con la regulación dada a otros órganos de gobierno universitarios: En efecto, a diferencia del Secretario General, que sólo podía ubicarse en el «art. 76.–...4, —además de los órganos antes enumerados los Estatutos Universitarios podrán crear otros con las competencias que especialmente se atribuyan.», el artículo 78.3 encargaba a los Vicerrectores competencias propias de coordinación y dirección de las actividades del sector que les estuviese encomendado y el Gerente de la universidad, cargo que precisamente fue creado por dicha Ley, desde entonces tiene encomendada la gestión de los servicios administrativos y económicos de la universidad y la jefatura de personal de administración y servicios (PAS) (artículo 79.2 LGE). No obstante, al igual que sucede con el Secretario General, a día de hoy, el artículo 21 LOU no define las funciones de los Vicerrectores ni hace referencia a un número concreto de los mismos. En cuanto al Gerente, el artículo 23 no define ni señala los requisitos exigibles para su designación ni configura este puesto como cargo académico cuando precisa que «no podrá ejercer funciones docentes», aunque mantiene la gestión de los servicios económicos y administrativos de la Universidad. Destaca Gómez Otero (2003:328-329) que en el Real Decreto 1086/1989, de 28 de agosto, sobre retribuciones del profesorado universitario, el Gerente no figura en el listado de componentes singulares por desempeño de cargos académicos, artículo 3.b) precisando que ha sido rechazada por los Tribunales la posibilidad de que el puesto de Gerente pueda figurar en la RPT como personal laboral o funcionario indistintamente, ello implicaría que la figura del Gerente debe figurar en la RPT del PAS, de acuerdo con los requisitos que para su desempeño se establezcan.

(11) La Ley de Instrucción Pública de 9 de septiembre de 1857 es un texto articulado de la Ley de bases de 17 de julio de 1857. (El 17 de julio de 1857 se aprueba una Ley de bases que autoriza al Gobierno para elaborar una Ley de Instrucción Pública. Y ésta es promulgada el 9 de septiembre del mismo año).

recibido título equivalente en la enseñanza superior» sin la obligación de ser docente, asignándole el mismo sueldo que los Catedráticos numerarios de entrada de la Universidad de pertenencia (artículo 267). En cuanto a los Secretarios de Facultades y Escuelas, simplemente estableció que el cargo de Secretario debía ser ocupado por un catedrático nombrado por el Rector a propuesta del Decano o Director respectivo (artículo 274).

El Reglamento de las Universidades del Reino de 22 de mayo de 1859 (que desarrolla la Ley Moyano) reguló con detenimiento las facultades, funciones y competencias del Secretario General bajo las inmediatas órdenes del Rector (artículo 36). Bajo la rúbrica «De los Secretarios generales» dispuso que, además de las obligaciones impuestas por el Reglamento General Administrativo, se les asignaba las funciones de instrucción de los procedimientos administrativos, asesoramiento legal al Rector y se le atribuía la condición fedatario de la Universidad. Según su artículo 37 el Secretario General debía: Dar cuenta al Rector de los asuntos ocurridos en el gobierno y administración de la Universidad, instruir los expedientes y, con arreglo a las órdenes del Rector, extender las consultas y comunicaciones que se ofrezcan, extender las actas del Claustro general, hacer los asientos de matrículas, exámenes, pruebas de curso y grados, llevar los libros según el Reglamento General Administrativo, pedir y despachar las acordadas necesarias para la comprobación de los documentos presentados por los alumnos, firmar las cédulas de aviso para los actos a que convoque el Rector, así como *expedir, previa la correspondiente autorización y con arreglo a los documentos que existan en su Oficina, las certificaciones que reclamen los interesados, o quien legítimamente les represente*, cuidar del Archivo y de la clasificación metódica de los documentos de su responsabilidad (las cursivas son nuestras).

Además, el citado reglamento de 1859 estableció la estructura y composición de la oficina que conforme al artículo 38 (12) habría en cada Universidad, pero siempre sería este —el Secretario General— responsable de la recta instrucción de los expedientes y de la veracidad de los documentos que expidiese, preceptuándose lo concerniente a su sustitución en el artículo 40: «Sustituirá al Secretario General en ausencias, enfermedades y vacantes el Oficial primero de la Secretaría».

Con la Ley del Ministerio de Fomento de 14 de agosto de 1895 (13) aparece una «tímida protección legal en su actuación» a través de la modificación del artículo 266, en el que se prevé que «el nombramiento (del Secretario General) por el Gobierno se deberá hacer a propuesta del Claustro Ordinario

(12) «Habrà en cada Universidad el número de Oficiales y escribientes necesarios para auxiliar al Secretario General en el desempeño de sus obligaciones».

(13) Gaceta de Madrid de 17 de agosto de 1895.

de la Universidad respectiva» ... «No pudiendo ser removidos de su cargo sino a propuesta de aquel o aquellos que les nombraron», ampliando las garantías y requisitos que debían concurrir en los Secretarios Generales. MARTÍN DE LA LEONA (1998:311-312) describe esta modificación como un antecedente claro de independencia que encumbró esta figura que, sin embargo, se fue perdiendo con el tiempo o no se supo mantener.

La regulación del Reglamento de Universidades de 1859 fue recogida por la Ley sobre ordenación de la Universidad española (LOUE), de 29 de julio de 1943 (14), texto legal que —como señala CÁMARA DEL PORTILLO (2008:46)— nunca ha sido objeto de derogación expresa.

La LOUE estableció en su artículo 80 que, como jefe inmediato de todos los servicios administrativos de cada Universidad, bajo las órdenes directas del Rector, habría un Secretario General. El cargo recaería en un Catedrático numerario, que sería nombrado por el Ministerio de Educación Nacional, a propuesta, en terna, del Rector, quien, oída la Junta de Gobierno, podría proponer al Ministerio de Educación Nacional el cese en cualquier momento. Competía al Secretario General la jefatura directa del personal administrativo y el informe previo al Rector sobre la plantilla del personal administrativo, técnico y auxiliar que hubiera de prestar sus servicios en los diversos órganos universitarios, incluso para la administración del presupuesto. El Rector, oída la Junta de Gobierno, la elevaría al Ministerio de Educación Nacional para su aprobación. Además, el Secretario informaría igualmente para nombramientos del personal que hubiera de cubrir la plantilla.

En la etapa preconstitucional se promulga la LGE, que no establecía disposición derogatoria de la legislación anterior, por lo que adoptando la técnica de degradación de rango (15), los preceptos de la LOUE que no entraron en contradicción con dicha Ley siguieron vigentes, de tal modo que la LOUE, que en un primer momento tuvo rango de ley, en aquel momento lo perdió.

III. MARCO NORMATIVO DE LOS SECRETARIOS GENERALES

La exposición de motivos de la LOU dice establecer «una nítida distinción entre las funciones de gobierno, representación, control y asesoramiento,

(14) BOE de 31 de julio de 1943.

(15) Así lo establecía la LGE en su disposición final cuarta, apartado uno, que dispuso: «A partir de la publicación de la presente Ley, todas las disposiciones anteriores, cualquiera que fuere su rango, que venían regulando las materias objeto de la misma, regirán únicamente, en cuanto fueren aplicables, como normas de carácter reglamentario hasta que vayan entrando en vigor las respectivas disposiciones que se dicten en ejecución de esta Ley, en cuyo momento quedarán totalmente derogadas».

correspondiendo cada una de éstas a un órgano distinto en la estructura de la Universidad».

El título III de la LOU, bajo el epígrafe «Del gobierno y representación de las Universidades», contiene la regulación positiva de las Universidades Públicas (capítulo I), cuyo artículo 13 LOU sólo se ocupa de los órganos de gobierno y representación de las mismas.

La LOU no regula las funciones del Secretario General de la Universidad ni en su redacción originaria de 2001 ni en la modificación (16) de 2007 (LOMLOU), limitándose a establecer los requisitos para el desempeño del cargo y correspondiendo a los Estatutos universitarios la determinación de las mismas.

Tal es así que el Secretario General se configura como un órgano unipersonal de gobierno y representación (aunque, por su definición, no parece ser ni una cosa ni la otra) de la propia Universidad en virtud del artículo 13. b) LOU. Este cargo configura la Secretaría General como una unidad administrativa. La Universidad española se encuentra estructurada a través de una serie de unidades organizativas que conforman una serie de órganos centrales de gobierno, tales como el Rector, el Claustro, el Consejo de Gobierno, el Consejo Social, los Vicerrectores, el Secretario General, el Gerente, y una serie de órganos básicos, tales como los Departamentos, las Facultades y Escuelas Técnicas Superiores, las Escuelas Universitarias y los Institutos Universitarios, por lo que el Secretario General más que un órgano con plena independencia y autonomía frente al Rector, es una «parte de órgano (17)».

La Universidad se integra, pues, como una estructura jerarquizada y subordinada en cuya cúspide se encuentra el Rector, que configura al Secretario General como un cargo dependiente del mismo y carente de cualidad orgánica en el desempeño de sus funciones, habida cuenta que en la práctica actúa por delegación del Rector (18) y habrá de rendir cuentas al mismo, y más aún,

(16) Ley Orgánica 4/2007, de 12 de abril, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades (LOMLOU).

(17) Siguiendo la exposición de MARTÍN DE LA LEONA (1998:325), sólo se permitiría atribuir al Secretario General la consideración de ser parte de un órgano administrativo central, el Rector, o lo que se conoce en la Universidad como el equipo rectoral. Además, otros autores como MORA RUIZ (2018:501) recuerdan que la LOU establece unas previsiones que favorecen el peso del Rector en la toma de decisiones, pero que puede intensificarse por los Estatutos. Por ejemplo, el Consejo de Gobierno estará constituido por el Rector, que lo presidirá, el Secretario General y el Gerente, y por un máximo de 50 miembros, incluidos los Vicerrectores, que serán tantos como haya decidido el Rector.

(18) El Rector, con independencia del procedimiento establecido para su elección, es nombrado, aunque de forma reglada, por el órgano correspondiente de la Comunidad Autónoma. Y sus funciones y competencias pueden ampliarse considerablemente si se atiende a la cláusula residual del art. 20.1 LOU, en cuya virtud «le corresponden cuantas competencias no sean expresamente atribuidas a otros órganos».

cuando el Rector elige a su equipo de gobierno, lo designa (19), incluyendo al Secretario General junto a los Vicerrectores y el Gerente (MARTÍN DE LA LEONA, 1998:324-330).

El artículo 22 de la LOU reproduce el contenido del artículo 19 de la LRU que tampoco definía las funciones del Secretario General de la Universidad. La única diferencia reside en que la LRU reservaba la ocupación de este cargo en exclusiva a los profesores, mientras que la LOU permite que también puedan ser nombrados para este puesto funcionarios pertenecientes a la plantilla del PAS pertenecientes al subgrupo A1 o, como dice la LOMLOU, «pertenecientes a cuerpos para cuyo ingreso se exija estar en posesión del título de Doctor, Licenciado, Ingeniero, Arquitecto o equivalente», es decir, se arbitra una cierta profesionalización del cargo equiparándolo a los Secretarios de los Ayuntamientos.

En cualquier caso, se establece una reserva de funciones a favor del personal funcionario, puesto que no se prevé que puedan ser nombrados empleados públicos pertenecientes a la plantilla de personal laboral de la Universidad. Esta restricción encuentra acomodo en la reserva exclusiva a los funcionarios públicos del ejercicio de funciones «que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas (20) o en la salvaguardia de los intereses generales del Estado y de las Administraciones Públicas», que efectúa el artículo 9.2 (21) del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (TREBEP), reserva que, sin embargo, no se efectúa (aunque debería observarse estatutariamente) para otros «cargos» universitarios que asimismo ejercen potestad de dación de fe pública.

Esta falta de coherencia se refleja especialmente en los Secretarios de Facultades y Escuelas o de Departamentos que emiten las certificaciones académicas oficiales, o para los Secretarios de órganos colegiados en general (incluidos los Consejos Sociales), toda vez que la LOU ni siquiera los menciona entre los órganos unipersonales de gobierno y representación de las Universi-

(19) Resulta contradictoria la garantía de imparcialidad necesaria para el ejercicio de la fe pública y el sistema de designación como forma de provisión (SÁNCHEZ MORÓN, 2020:20).

(20) Siguiendo a GAMERO CASADO (2021:77 y ss.) las potestades administrativas se pueden definir como el poder jurídico que el ordenamiento reconoce a la Administración para la satisfacción del interés general, sometiendo su ejercicio a la ley y al control judicial y constitucional (jurisdiccional). El primer problema, como regla general para abordar la cuestión de la reserva funcional es la inexistencia, en ausencia de un desarrollo de las previsiones del TREBEP, de un catálogo definitorio de las actividades que implican el ejercicio directo o indirecto de potestades administrativas.

(21) Señala GAMERO CASADO (2021:38) este precepto del artículo 9.2 del TREBEP en cuanto al uso del concepto de potestad administrativa como el que mayores dificultades de interpretación y aplicación viene suponiendo hasta la fecha en el ámbito del empleado público.

dades públicas (artículo 13), como tampoco los contemplaba la LRU (artículo 13), a pesar de que ejercen la potestad de constancia fehaciente, certificar y de dación de fe pública respecto de los acuerdos adoptados en sus respectivos órganos colegiados.

En el momento de aprobación de la Constitución de 1978, cuyo artículo 27.10 reconoce la autonomía universitaria «en los términos que la ley establezca», seguían vigentes tanto la LGE como los preceptos de la LOUE que no entraran en contradicción con esta última y con la propia Constitución (MARTÍN DE LA LEONA, 1998:319). La misma técnica adoptó la LRU que tampoco derogó de forma expresa ninguna norma anterior, sino únicamente aquellas que se opusieran a dicha Ley [disposición derogatoria, apartado 1 (22)], estableciendo respecto de las restantes que: «Las disposiciones que, cualquiera que fuese su rango, regulen las materias objeto de la presente Ley y no se opongan a la misma, continuarán en vigor como normas de carácter reglamentario», aplicando la degradación de rango (disposición derogatoria, apartado 2) (CÁMARA DEL PORTILLO, 2008:48-49).

La norma legal que contiene una disposición derogatoria expresa es la LOU, que en su disposición derogatoria única dejó sin efecto la LRU, así como la Ley 8/1983, de 29 de junio, sobre medidas urgentes en materia de órganos de gobierno de las Universidades, entre otras (DEL VALLE PASCUAL, 2003:650).

No obstante, la mayoría de las potestades que la LOUE encomendaba al Secretario General de la Universidad, entre ellas la dación de fe pública o potestad certificante, redacción y custodia de los libros de actas, custodia y ordenación del archivo administrativo de la universidad, asesoramiento y propuesta al Rector, redacción de la memoria anual de la Universidad y conservación y cumplimiento del protocolo perduran (conforme al artículo 80 de la LOUE), tal y como evidencian los Estatutos universitarios vigentes.

CÁMARA DEL PORTILLO (2008:48) pone de relieve y reivindica una competencia residual para el Secretario General, en la medida que le correspondía la expedición y certificación de los documentos y acuerdos universitarios que no recayeran directamente en los Secretarios de los diversos órganos y servicios de la Universidad [artículo 80.b (23) de la LOUE], cerrando el paso a la posibilidad

(22) «Quedan derogadas cuantas disposiciones de igual o inferior rango se opongan a la presente Ley».

(23) «La jefatura inmediata de los servicios administrativos de la Universidad, aunque éstos afecten a órganos que tengan Secretario propio: la expedición y certificación de los documentos y acuerdos universitarios que no correspondan directamente a los Secretarios de los diversos órganos y servicios de la Universidad; la redacción y custodia de los libros de actas del Claustro Universitario y de la Junta de Gobierno; la custodia y ordenación del Archivo administrativo de la Universidad; la propuesta al Rector de cuantas iniciativas juzgue convenientes para la mejor organización de los servicios administrativos y de los órganos y servicios

de que cualquier órgano y funcionario de la Universidad pueda emitir certificaciones, lo que únicamente debiera considerarse admisible cuando por disposición legal, estatutaria o reglamentaria expresa tengan atribuida dicha competencia.

Asimismo, regulaba este texto legal la figura de los Secretarios de Facultades y Escuelas, señalando en su artículo 82 que las Facultades, Institutos o Escuelas Profesionales y Secretariado de Publicaciones, Intercambio científico y Extensión universitaria tendrían su Secretario propio designado y cesado, en su caso, por Orden ministerial, a propuesta del Rector de acuerdo con el Decano o Jefe director del órgano correspondiente. Estos Secretarios habrían de ser Catedráticos o Profesores universitarios para las Facultades y Secretariado de Publicaciones y Profesores de Institutos o Escuelas profesionales para estos órganos y servicios, ejerciendo las funciones certificantes propias de su cargo en sus correspondientes órganos o servicios.

Así las cosas, la regulación de la LOUE se ha mantenido vigente tras la promulgación de la Ley 8/1983 de 29 de junio, sobre Medidas Urgentes en Materia de Órganos de Gobierno de las Universidades, pues únicamente modificó la forma de nombramiento del Secretario General y los Secretarios de las Facultades y Escuelas, disponiendo que el Secretario General sería designado por el Rector «de entre los catedráticos numerarios, profesores agregados y profesores adjuntos de universidad, catedráticos numerarios y profesores agregados de escuelas universitarias de la propia universidad, ya sean funcionarios de carrera, de empleo interino o contratados» (artículo 2). Por su parte, los Secretarios de Facultades, Escuelas Técnicas Superiores, Colegios Universitarios y Escuelas Universitarias serían nombrados por el Rector, a propuesta de los correspondientes Decanos o Directores «de entre los profesores del centro respectivo, ya sean funcionarios, de carrera, de empleo interino o contratados» (artículo 4), si bien habrían de estar necesariamente en posesión del título de Doctor, con excepción de los de las escuelas universitarias (artículo 6).

La LRU se limitó a establecer que el Secretario General de la Universidad, que lo sería también de su Junta de Gobierno, sería nombrado por el Rector de entre los profesores de aquella (artículo 19), no contemplando la figura de los Secretarios de Facultades y Escuelas entre los órganos unipersonales de gobierno de la Universidad. Y también mantuvo la vigencia de la LOUE, pues no derogó las disposiciones anteriores que no se opusieran a dicho texto legal, conservándolas como normas de rango reglamentario (disposición derogatoria, párrafo 2).

docentes y técnicos de la Universidad, la redacción, al final de cada curso, de una Memoria en la que, utilizando las fichas de Cátedra de los Profesores y el Archivo universitario, haga constar los datos estadísticos y de toda clase que se juzguen convenientes; la organización de los actos solemnes universitarios y la conservación y cumplimiento del Protocolo y ceremonial».

Ante la discreción del legislador orgánico, los Estatutos universitarios dictados en desarrollo de la LRU y de la LOU han optado por regular de forma más o menos detallada las «competencias» del Secretario General de la Universidad atribuyéndole en la mayoría de los casos la condición de fedatario público de la Universidad y las restantes «competencias» que enunciaba el artículo 80 de la LOUE de 29 de julio de 1943.

IV. LA FUNCIÓN CERTIFICANTE EN LOS ESTATUTOS UNIVERSITARIOS ACTUALES

1. El Secretario General como fedatario de la Universidad

Como se sabe, la autonomía de las Universidades públicas españolas para el desarrollo de sus funciones, comprende entre otras, la elaboración de sus Estatutos y demás normas de régimen interno [artículo 2.2.a) LOU]. Así los Estatutos universitarios aprobados en cada Universidad poseen el carácter de norma básica para el funcionamiento de las mismas, desarrollando el régimen jurídico del Secretario General.

Al no determinar la LOU las competencias del Secretario General, los vigentes Estatutos universitarios dictados en desarrollo de dicha Ley recogen la forma de su nombramiento por el Rector, su cese, la titulación requerida y los requisitos para el desempeño del cargo. Además de las de fedatario público (24) los Estatutos suelen atribuir al Secretario General de la Universidad otras «competencias» o funciones que siguen recordando, como se ha señalado anteriormente, a la redacción del artículo 80 de la LOUE.

Los Estatutos, de modo similar, suelen atribuir al Secretario General funciones como: fedatario de actas, acuerdos de los órganos de gobierno, representación y administración de la Universidad, custodia de los libros de actas de los órganos de gobierno y representación, expedición de certificaciones sobre acuerdos y documentación oficial de la Universidad, custodia del archivo universitario y del sello oficial, publicidad de los acuerdos universitarios, organización de los actos solemnes y cumplimiento del protocolo universitario, jefatura del gabinete jurídico o asesoría jurídica y auxilio al Rector en las

(24) Así, por ejemplo, de conformidad con los Estatutos de la Universidad de Almería (EE UAL) aprobados por Decreto 225/2018, de 18 de diciembre («BOE» núm. 50, de 27 de febrero de 2019), el Secretario General es fedatario de los actos y acuerdos de la Universidad y responsable de la dirección de la asesoría jurídica, que atenderá los asuntos que le encomienden los miembros del Consejo de Dirección y las consultas que le formule la Junta Electoral de la Universidad. A efectos de representación procesal, el Rector podrá otorgar poder suficiente al titular de la asesoría jurídica de la Universidad. Excepcionalmente, también podrá otorgar poder a letrados externos a la misma (artículo 135.1).

tareas de organización que éste le delegue. No obstante, cabe que mediante delegación expresa y con la debida publicación se le atribuyan competencias específicas del Rector de la Universidad.

Para concretar su actividad es necesario remitirse, además, a los artículos de la LRJSP que establecen las funciones de los Secretarios de órganos colegiados o la regulación de las actas. A lo largo del texto de la LOU se encuentran varias menciones a la figura del Secretario General que evidencian su presencia en los órganos colegiados de mayor influencia en la Universidad como miembro nato, en concreto, en el Consejo Social (artículo 14.3), Consejo de Gobierno (artículo 15.2) y Claustro Universitario (artículo 16.1). Así las cosas, casi (25) todos los Estatutos universitarios (26) comienzan atribuyendo al Secretario General la condición de fedatario de los actos y acuerdos de los órganos colegiados de carácter general de gobierno y representación de la Universidad, a excepción del Consejo Social, y de cuantos actos o hechos consten en la documentación oficial de la Universidad.

Así lo hacen, por ejemplo, los Estatutos de la Universidad de Castilla-La Mancha (27) (artículo 56), que le encomiendan las funciones de elaboración y custodia

(25) El Decreto 464/2019, de 14 de mayo, («BOE» núm. 139, de 11 de junio de 2019), por el que se aprueban los Estatutos de la Universidad de Málaga (EE UMA), encarga al Secretario General la formación y custodia de los libros de actas de los órganos colegiados de la Universidad y del libro de actas de toma de posesión, de la recepción y custodia de las actas de calificación de exámenes, de la expedición de documentos y certificaciones de las actas y acuerdos de los órganos de gobierno y de cuantos actos o hechos presencie en el ejercicio de sus competencias, o consten en la documentación oficial de la Universidad. Además, se encarga la reseña y publicidad de los actos de los órganos de gobierno; la dirección de la asesoría jurídica de la Universidad; la organización y custodia del archivo general, del registro general y del sello oficial de la Universidad; la dirección del «Boletín de la Universidad de Málaga»; la organización de los actos solemnes de la Universidad y de su protocolo; así como cualesquiera otras funciones que le encomiende la legislación vigente, dichos Estatutos o su desarrollo reglamentario.

(26) Los Estatutos de la Universidad de Granada (EE UGR) aprobados por el Decreto 231/2011, de 12 de julio. («BOE» núm. 21, de 25 de enero de 2012), disponen que el Secretario General es el fedatario de los acuerdos de los órganos de gobierno de los que forme parte y de las actuaciones en que participe como tal. Auxilia al Rector en las tareas de organización de la actividad universitaria. Redacta y custodia las actas de las sesiones de los órganos generales colegiados de gobierno y representación, las actas de toma de posesión, y expide las certificaciones correspondientes. Lleva el registro, custodia el archivo y el sello de la Universidad y expide las certificaciones que corresponda. Garantiza la difusión y publicidad de los acuerdos, resoluciones, convenios, reglamentos y demás normas generales de funcionamiento institucional, especialmente entre los miembros de la comunidad universitaria. Vela por el uso adecuado de los elementos de identidad de la Universidad de Granada. Asume las competencias que le delegue el Rector, le sean encomendadas por la ley, por los propios Estatutos o sus normas de desarrollo.

(27) Resolución de 18/11/2015, de la Dirección General de Universidades, Investigación e Innovación, por la que se ordena la publicación de los Estatutos de la Universidad de Castilla-La Mancha. [2015/14258] DO de CLM núm. 230.

de las actas de aquellos órganos colegiados en los que actúe como Secretario, así como de garantizar la publicidad de sus acuerdos, la custodia del archivo general y del sello oficial de la Universidad, la organización de los actos solemnes y el cumplimiento del protocolo universitario, pero también cuantas funciones le sean conferidas por los reglamentos del Consejo de Gobierno, del Claustro Universitario o le encomiende el Rector (artículo 58). El Acuerdo 111/2020, de 30 de diciembre, de la Junta de Castilla y León, por el que se aprueban los Estatutos de la Universidad de Valladolid (28) comienzan atribuyendo al Secretario General (artículo 92) competencias de certificación de actos y acuerdos y, también, el levantamiento de las actas de las sesiones de los órganos colegiados (del Consejo de Gobierno y del Claustro) junto con el cuidado de la formación y custodia de los libros de actas, al tiempo que se le encarga la compilación de las resoluciones e instrucciones del Rector y de las normas propias de la Universidad, la organización de los actos solemnes universitarios, el cuidado del protocolo y la coordinación de los servicios jurídicos, la organización y custodia del archivo general, el registro general y el sello oficial, e incluso le corresponde velar por la utilización de los emblemas y símbolos propios de la Universidad.

No obstante, las Secretarías Generales en su estructura orgánica y organizativa varían esencialmente de unas Universidades a otras. A modo de ejemplo, algunas Universidades hacen depender de la Secretaría General a los gabinetes jurídicos o asesorías jurídicas (Santiago (29), Complutense, Alcalá (30), Jaén, Málaga); registro y archivo general (Zaragoza, Santiago, Complutense, Oviedo (31), Alcalá, Pompeu Fabra (32), Huelva (33), Córdoba); sello oficial (Vigo (34), Complutense, Oviedo, Alcalá, Jaén, Córdoba); boletines universitarios (Complutense, Almería); organización de actos solemnes y cumplimiento del protocolo (Vigo, Alcalá, Huelva, Jaén (35), Córdoba); actas

(28) BOE núm. 19, de 22 de enero de 2021.

(29) Decreto 14/2014, de 30 de enero, por el que se aprueban los Estatutos de la Universidad de Santiago de Compostela, «BOE» núm. 50, de 27 de febrero de 2014.

(30) Decreto 221/2003, de 23 de octubre, por el que se aprueban los Estatutos de la Universidad de Alcalá, «BOE» núm. 114, de 11 de mayo de 2004.

(31) Decreto 12/2010, de 3 de febrero, por el que se aprueban los Estatutos de la Universidad de Oviedo, BOPA núm. 34 de 11-ii-2010.

(32) Decreto 209/2003, de 9 de septiembre, por el que se aprueban los Estatutos de la Universidad Pompeu Fabra, «BOE» núm. 266, de 6 de noviembre de 2003.

(33) Decreto 232/2011, de 12 de julio, por el que aprueban los Estatutos de la Universidad de Huelva, «BOE» núm. 21, de 25 de enero de 2012.

(34) Decreto 13/2019, de 24 de enero, por el que se aprueban los estatutos de la Universidad de Vigo, DOG Núm. 38.

(35) Decreto 230/2003, de 29 de julio por el que se aprueban de los Estatutos de la Universidad de Jaén, «BOE» núm. 227, de 22 de septiembre de 2003, modificado por el Decreto 235/2011, de 12 de julio, «BOE» núm. 21, de 25 de enero de 2012.

u otros órganos colegiados (Zaragoza, Santiago, Complutense, Alcalá, Pompeu Fabra, Salamanca (36), Córdoba); publicación de acuerdos (Almería, Córdoba), junta electoral (Zaragoza, Pompeu Fabra, Jaén); memoria anual (Complutense, Pompeu Fabra, Almería, Jaén)... Para la gestión de este conglomerado de funciones, los Secretarios Generales cuentan con adjuntos o figuras de apoyo que les auxilien en sus funciones y les sustituyan en casos de ausencia o enfermedad (37).

Hay Estatutos poco detallados que confieren al Secretario General la dirección de la Secretaría General, atribuyéndoles la responsabilidad de la fe pública en el ámbito universitario y el ejercicio de la función de Secretario del Claustro, del Consejo de Gobierno y de la Junta Electoral de la Universidad, además se le confían todas las otras funciones que la legislación vigente, el propio estatuto y las normas que lo desarrollen le atribuyan, o que el Rector o el Consejo de Gobierno le encomienden (38) (artículo 52 EURiV). Otros Estatutos como los de la Universidad de Valencia (39) atribuyen al Secretario General la condición de custodio de la documentación universitaria y fedatario de la misma. Además, debe garantizar el acceso de los miembros de la comunidad universitaria al conocimiento de los acuerdos del Claustro y del Consejo de Gobierno (artículo 106). Similar regulación se contiene en los de la Universidad de León (40) que reproduce la regulación de la LOU y se limita a establecer que será el fedatario de los actos y acuerdos de los órganos colegiados de los órganos colegiados de los que forma parte, y con este carácter levantará acta de las sesiones y cuidará de la formalización y custodia de los libros de actas y las tomas de posesión. Se encargará de la compilación de las resoluciones, órdenes e instrucciones del Rectorado y de librar las certificaciones de los

(36) Orden de 1 de julio de 2003, de la Consejería de Educación y Cultura, por la que se dispone la publicación del Acuerdo 19/2003, de 30 de enero, de la Junta de Castilla y León, por el que se aprueban los estatutos de la Universidad de Salamanca, «BOE» núm. 168, de 15 de julio de 2003.

(37) Por ejemplo, el Secretario General será auxiliado, en el cumplimiento de sus funciones, por un Vicesecretario General en la Universidad de Zaragoza, en la de Almería, en la de Valladolid y en la Universidad Nacional de Educación a Distancia. Se le asistirá por la persona a cargo de la Oficialía Mayor en la Universidad de Málaga y al mismo tiempo se le podrá asistir por una Vicesecretaría General.

(38) Acuerdo GOV/40/2022, de 8 de marzo. LCAT 2022\285 por el que se aprueba el estatuto de la Universidad Rovira i Virgili y se dispone la publicación de su texto íntegro (EURiV).

(39) Estatutos de la Universitat de València [Aprobados por Decreto 128/2004, de 30 de julio, del Consell de la Generalitat (DOGV 3-8-2004) y modificados por Decreto 45/2013, de 28 de marzo de 2013 [DOCV 2-4-2013]].

(40) Acuerdo 243/2003, de 23 de octubre, de la Junta de Castilla y León, por el que se aprueba el Estatuto de la Universidad de León, B.O.C. y L. n.º 210 de 29 de octubre de 2003.

actos y acuerdos documentados o de aquellos que presencie en su condición de fedatario (artículo 82).

2. Secretarios de Facultades o Escuelas

La mayor parte de los Estatutos encomiendan la certificación de las calificaciones académicas a los Secretarios de Facultades y Escuelas. Así lo hacen, entre otros, los Estatutos de la Universidad de La Coruña (41) que le encargan «la recepción y custodia de las actas de calificación de exámenes» (artículo 44.3.b); o los Estatutos de la Universidad de Alicante (42), que actúan como depositarios de las actas de evaluación (artículo 86.1.c). Aunque hay Estatutos como los de la Universidad de Santiago (artículo 89.2.c), los de la Universidad de Málaga y los de la Universidad de Córdoba (artículo 148.6), entre otros, que encomiendan esta función certificante a los Secretarios Generales (artículo 32.3.b).

En el ámbito de los respectivos centros, los Estatutos universitarios suelen atribuir la fe pública al Secretario de Facultad o Escuela. Así lo hacen los Estatutos de la UNED (43), que regulan detalladamente esta figura disponiendo que auxiliará al Decano o Director en la dirección, coordinación y supervisión de las actividades propias del centro, será nombrado por el Rector a propuesta del correspondiente Decano o Director entre los docentes que tengan dedicación a tiempo completo, miembros de la respectiva Facultad o Escuela; en caso de vacante o en ausencia de su titular, sus funciones y atribuciones serán desempeñadas por el profesor doctor de menor antigüedad miembro de la Junta (artículo 115 EE UNED). Actúa como Secretario de la Junta, de su Comisión permanente; y da fe de los acuerdos y resoluciones y responde de la formalización y custodia de las actas de ambas, recibe, legitima y custodia las actas de calificaciones de los exámenes de las asignaturas del centro que correspondan a pruebas de convocatorias oficiales; libra las certificaciones y documentos que la secretaría del centro deba expedir y supervisa la organización de los actos solemnes del centro garantizando el cumplimiento del protocolo y realiza cualquier otra que le sea conferida por los Estatutos universitarios o por la legislación general vigente.

(41) Decreto 101/2004, de 13 de mayo, por el que se aprueban los Estatutos de la Universidad de A Coruña.

Publicado en DOG núm. 100 de 26 de mayo de 2004 y BOE núm. 146 de 17 de junio de 2004 Vigencia desde 27 de mayo de 2004, revisión vigente desde 18 de octubre de 2007).

(42) Decreto 25/2012, de 3 de febrero, del Consell, por el que se aprueban los Estatutos de la Universidad de Alicante («BOE» núm. 49, de 27 de febrero de 2012).

(43) Real Decreto 1239/2011, de 8 de septiembre, por el que se aprueban los Estatutos de la Universidad Nacional de Educación a Distancia, modificado por el Real Decreto 968/2021, de 8 de noviembre (EE UNED).

Similar regulación se contiene en los Estatutos de la Universidad de Almería en los que el Secretario del Centro será nombrado por el Rector, a propuesta del Decano o Director, de entre el personal con vinculación permanente a la Universidad y adscrito a la Facultad o Escuela, estableciendo que sus funciones serán reguladas en el reglamento de régimen interno. Su competencia específica es la custodia de las actas de calificación y la de los acuerdos del órgano colegiado del Centro hasta el momento de su transferencia al archivo general. Su cese será a petición propia, por decisión del Decano o Director que lo propuso o cuando concluya su mandato (artículo 155 EE UAL).

En la Universidad Rovira i Virgili el Secretario de Facultad o Escuela es la persona responsable de la fe pública en el centro y ejerce las funciones inherentes al cargo, de acuerdo con la LRJSP (Artículo 58 EURiV). Lo mismo ocurre con el Secretario de instituto, que debe ser nombrado entre el profesorado con dedicación a tiempo completo y el personal investigador adscrito al instituto, es la persona responsable de la fe pública en el ámbito del instituto y ejerce las funciones inherentes al cargo, de acuerdo con la LRJSP (artículo 66 EURiV).

3. Secretarios de Departamentos

No es usual que los Estatutos universitarios lleven a cabo la pormenorización de las funciones del Secretario del Departamento. El Secretario de departamento de la Universidad Rovira i Virgili, que debe ser nombrado entre el profesorado con dedicación a tiempo completo adscrito al departamento, es la persona responsable de la fe pública en el ámbito del departamento y ejerce las funciones inherentes al cargo, de acuerdo con la LRJSP (artículo 63 EURiV).

En los Estatutos de la Universidad de Almería se prevé que el Director propone, previa comunicación al Consejo de Departamento, para su nombramiento por el Rector, un Secretario de entre los Profesores y los miembros del PAS con vinculación permanente a la Universidad y adscritos al Departamento. Sus funciones serán establecidas en el reglamento de régimen interno del Departamento y de manera especial le corresponde la redacción y custodia de las actas de las reuniones del Consejo de Departamento y la expedición de certificados de los acuerdos que el Consejo haya adoptado (artículo 162 EE UAL).

Hay Estatutos, como los de la Universidad de Zaragoza (44), que regulan conjuntamente el nombramiento del Secretario del departamento, centro o instituto por el Rector, a propuesta del Decano o Director, entre los profesores con dedicación a tiempo completo adscritos al departamento, centro o instituto

(44) Decreto 1/2004, de 13 de enero, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueban los Estatutos de la Universidad de Zaragoza (BOA número 8, de 19 de enero).

(artículo 80.1). El cese del Secretario del departamento, centro o instituto a petición propia, por decisión del Decano o Director o cuando concluya el mandato del Decano o Director que le propuso, permaneciendo en funciones, en cualquier caso, hasta la toma de posesión del nuevo Secretario (artículo 80.2). En cuanto a las funciones, corresponde al Secretario de departamento, centro o instituto las siguientes: a) Auxiliar al Decano o Director y desempeñar las funciones que éste le encomiende. b) Actuar como Secretario del correspondiente órgano colegiado de gobierno, custodiar las actas de sus reuniones y expedir las certificaciones de los acuerdos que consten en las indicadas actas. c) Expedir los certificados y tramitar los procedimientos de su competencia. d) Ejercer las demás funciones que se deriven de su cargo o que le atribuyan la legislación vigente y los presentes Estatutos (artículo 80.3).

4. Secretarios del Consejo Social

Hay que recordar que el Consejo Social es una creación de la LRU y que ni para la LOU ni para la LRU el secretario del Consejo Social fue o es órgano unipersonal y aunque algunas leyes autonómicas suelen establecer que los secretarios de Consejos Sociales son órganos unipersonales de la Universidad, esta regulación autonómica, al margen de la LOU y de los Estatutos universitarios, invadiría la autonomía universitaria (45). Según el artículo 4 de la Ley 5/1985, de 21 de marzo del Consejo Social de Universidades (BOE de 6/03/1985) (LCCSS) y análogos el Secretario del Consejo Social es, como sabemos, fedatario del mismo, aunque según su artículo 3 sólo un asistente a sus reuniones, con voz, pero sin voto (en la LRJ-PAC se dejaba claro que, en el caso de que la Secretaría fuera desempeñada por un funcionario de la Administración que no fuera, a la par, miembro del órgano colegiado, intervendría en las sesiones con voz, pero no con voto, mientras que si lo fuera por un miembro del órgano tendría tanto voz como voto), esta distinción no se hace ahora explícitamente en el artículo 16 LRJSP, aunque sí en el artículo 19.4.a) LRJSP (supletorio). Sin embargo, del artículo 16.3 LRJSP parece asumirse, siquiera sea implícitamente,

(45) Aunque la LOU encarga a la Ley de la Comunidad Autónoma regular la «composición y funciones del Consejo Social» (un solo órgano colegiado) y la designación de sus miembros de entre personalidades de la vida cultural, profesional, económica, laboral y social, que no podrán ser miembros de la propia comunidad universitaria (artículo 14.3 LOU), las leyes autonómicas suelen configurar el Consejo Social como una estructura compleja con órganos unipersonales y colegiados al margen de la LOU, de los Estatutos universitarios y de las reglas básicas sobre órganos de la LRJSP. La facultad de «elección, designación y remoción de los órganos de gobierno y representación» es, sin duda, un contenido de la autonomía universitaria según la LOU, y la misma se infringiría si desde instancias ajenas a la propia Universidad —por ejemplo, por el Estado o las Comunidades Autónomas— se conculca u obstaculiza dicha facultad.

la posibilidad de ese régimen diferenciado de actuación al afirmar en dicho precepto que, en el caso de que el Secretario no miembro sea suplido por un miembro del órgano colegiado, «este conservará todos sus derechos como tal», sobreentendiéndose que los derechos de ese Secretario no miembro puedan ser distintos y, por tanto, que no necesariamente intervenga en las sesiones con voz y voto, como sí lo harán los miembros del órgano (MOURENZA DÍAZ, 2021:1041). Estipula el citado artículo de la LCCSS y análogos, que para el adecuado cumplimiento de sus funciones el Consejo Social dispondrá de una Secretaría dotada de los medios materiales necesarios que figurarán en las partidas presupuestarias del Consejo Social dentro de los Presupuestos de la Universidad. El secretario será nombrado (designado) por el Presidente y podrá desempeñar su cargo en régimen de dedicación a tiempo parcial o a tiempo completo.

A pesar de que las leyes autonómicas de Consejos Sociales utilizan la figura del «personal eventual» (bien implícita o explícitamente) para proveer este puesto de trabajo, existe una limitación clara al desempeño de funciones correspondientes al personal eventual como Secretario de un órgano de gobierno universitario, en particular el Consejo Social, que únicamente debe ejercer funciones «expresamente calificadas de confianza o asesoramiento especial» (artículo 12 TREBEP). Esta conclusión viene de la mano de la STC 156/2013, de 23 de septiembre, Rec. 1819/2010, ponente: Magistrado don Juan José González Rivas, al juzgar sobre la constitucionalidad de la Ley de Consejos Sociales de la Universidad de Zaragoza en cuanto a la reserva del puesto de secretario del Consejo Social como personal eventual, advirtiendo, que aun tratándose de un cargo público con un perfil diferenciado regulado por su normativa específica no permite, por ese hecho, calificarlo como un puesto eventual, pues lo determinante para tal calificación son las funciones asignadas al mismo y no la posibilidad de libre nombramiento y remoción, la cual, por lo demás, es propia de otras formas de provisión de puestos de trabajo, (...) se concluye que la norma cuestionada es contraria a la base estatal del artículo 12 del TREBEP y nula.

V. VALOR PROBATORIO DE LOS DOCUMENTOS PÚBLICOS ELECTRÓNICOS Y CERTIFICACIONES EXPEDIDOS POR LAS UNIVERSIDADES

El Ordenamiento jurídico puede reconocer presunción de certeza o veracidad a las manifestaciones realizadas por ciertos funcionarios públicos, al igual que reconoce a los notarios la potestad de dación de fe pública (Gamero Casado, 2021: 124). El artículo 1216 del Cc define el documento público como aquél autorizado por un Notario o *empleado público competente*, con las solemnidades requeridas por la ley.

En virtud de las necesidades que presenta nuestra realidad social ha surgido una nueva caracterización en la tipología de documento público según sea su formato en soporte papel o electrónico, cambiando también las solemnidades requeridas por la ley para la consideración de un documento como público.

Las leyes 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos y 18/2011, de 5 de julio, reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia, introdujeron modificaciones con objeto de dotar al conjunto de la Administración de mecanismos electrónicos para mejorar su eficiencia y reducir costes. No obstante, es con la llegada de la LPACAP cuando se generaliza el uso del documento público electrónico (46) administrativo. En desarrollo general de la LPACAP y LRJSP se ha dictado el Real Decreto 203/2021, de 30 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de actuación y funcionamiento del sector público por medios electrónicos (RAFME).

1. Valor probatorio de las certificaciones universitarias

La certificación es un documento público administrativo que da fe del hecho que aparece incluido en ella. La LRJSP hace referencia a las certificaciones administrativas en varios artículos. Por una parte, el artículo 16.2 indica que corresponde al Secretario certificar las actuaciones del órgano colegiado y el artículo 19.4.e) atribuye al secretario de cada órgano colegiado la competencia para «expedir certificaciones de las consultas, dictámenes y acuerdos aprobados». Se deja claro que el Secretario podrá expedir certificaciones sobre los acuerdos adoptados con anterioridad (47) a la aprobación del acta,

(46) Se define el documento público electrónico como aquél que se mantiene en ese formato y que, generalmente, se conserva en los correspondientes registros de que deben de disponer las distintas autoridades. Se trata de un fichero informático que ha sido firmado por la autoridad competente y que incorpora, además del contenido ostensible, otros datos informáticos, llamados metadatos, que proporcionan información acerca del propio documento. Su firma es electrónica y avanzada, y la fecha de su expedición se toma del momento de la firma. Como ejemplos: la inscripción o la nota de despacho firmada electrónicamente por el Registrador de la Propiedad, el Decreto firmado electrónicamente por el Letrado de la Administración de Justicia, la diligencia de embargo firmada por el funcionario de la Seguridad Social o de la Agencia tributaria (AEAT), una Sentencia firmada electrónicamente por un Juez o Magistrado o los Certificados Académicos Personales (CAP) emitidos por una Universidad, en los que se reflejen las asignaturas cursadas por el solicitante, así como las calificaciones obtenidas hasta el momento de la emisión del documento, entre otros.

(47) En este sentido, la STS 798/1996, de 9 de febrero de 1996, Sala 3.ª, sección 4.ª, recurso 5743/199, ponente: Rafael Fernández Montalvo: «En el régimen jurídico de adopción de acuerdos de los órganos colegiados se prevé (arts. 9 a 14 de la LPA, 22 a 27 de la actual LRJPA) que de cada sesión se levante acta por el secretario para documentar las personas que hayan intervenido, las circunstancias de lugar y tiempo en el que se ha celebrado, los puntos

si bien deberá hacer constar expresamente tal circunstancia en la certificación (artículo 19.5 LRJSP último párrafo) (48).

De otro lado, el artículo 17.7 dispone que la certificación será expedida por medios electrónicos, salvo que el interesado manifieste expresamente lo contrario y no tenga obligación de relacionarse con la Administración por esa vía. Por su parte, el artículo 18.1 segundo párrafo contempla expresamente la posibilidad de que se puedan grabar las sesiones que celebre el órgano colegiado. La LRJSP hace hincapié en que en el supuesto de que dicha grabación tenga lugar, si bien ello no exime de la extensión del acta, podrá adjuntarse a la misma el fichero correspondiente junto con la certificación expedida por el Secretario de la autenticidad e integridad del mismo, y cuantos documentos en soporte electrónico (49) se utilizasen como documentos de la sesión, en cuyo caso el Secretario quedará, de paso, liberado de hacer constar en el acta la descripción de los puntos principales de las deliberaciones (MOURENZA DÍAZ, 2020:1051).

Al mismo tiempo el artículo 19.2.f) atribuye al presidente de dichos órganos colegiados la función de «visar las actas y certificaciones de los acuerdos del órgano»; el presidente interviene mediante la fórmula del visado o visto bueno que constituye una especie de control previo sobre las certificaciones administrativas y que confirma el artículo 18.2 respecto a que el Secretario elaborará

principales de deliberación, la forma y resultado de la votación y el contenido de los acuerdos. Las actas, firmadas por el secretario con el visto bueno del presidente, han de aprobarse en la misma o posterior sesión. Pero esta aprobación, en puridad de principios, responde a un control por el propio órgano colegiado de la redacción del acta realizada por el secretario, dando su aprobación cuando refleje con exactitud lo acordado y los términos relevantes del debate, y denegándola en otro caso. Por tanto, esta aprobación del acta no supone —no debe suponer— adición alguna de resolución o acuerdo, sino limitarse a constatar que el documento refleja adecuadamente lo ya decidido con anterioridad».

(48) Hay que tener en cuenta que la aprobación del acta no es condición de eficacia de los acuerdos ya adoptados y que en ella se reflejan, sino mero instrumento para su documentación. La validez y eficacia de los acuerdos adoptados por un órgano colegiado, se produce desde el momento en que se adoptan, sin necesidad de esperar a un acto posterior cual es la aprobación del acta que recoge tales acuerdos, tal y como declaró la STSJ de la Comunidad Valenciana, de 13 de marzo de 2001, Sala de lo Contencioso, recurso 1652/1998, ponente: Rafael Salvador Manzana Laguarda. Como apunta MOURENZA DÍAZ (2021:1053-1054), evidencia el artículo 19.5 LRJSP que, en el ámbito de la Administración General del Estado y en relación con el artículo 17.7, faculta que el Secretario pueda expedir certificaciones de los acuerdos adoptados aun cuando el acta no haya sido aún aprobada.

(49) En relación con las competencias del Secretario General en materia de redacción y custodia de las actas de las sesiones del Claustro Universitario y del Consejo de Gobierno, con la modificación del apartado b) del artículo 104 de los EE UNED dichas competencias se extienden a todos los documentos en soporte electrónico que acompañen a las actas, como reflejo de la nueva regulación sobre las actas de las sesiones de los órganos colegiados recogida en la LRJSP.

el acta «con el visto bueno (50) del Presidente y lo remitirá a través de medios electrónicos a los miembros del órgano colegiado, quienes podrán manifestar por los mismos medios su conformidad o reparos al texto, a efectos de su aprobación, considerándose, en caso afirmativo, aprobada en la misma reunión».

Las certificaciones dan fe del hecho que aparece consignado en ellas y como los restantes documentos emitidos por órganos competentes de la Universidad, tienen la consideración de documento público administrativo, así lo establece el artículo 26 de la LPACAP al señalar que «se entiende por documentos públicos administrativos los válidamente emitidos por los órganos de las Administraciones Públicas». Ello no impide, sin embargo, que sean desvirtuadas por otros medios de prueba.

2. Valor probatorio de las copias de documentos públicos universitarios emitidas por el órgano competente (artículo 27.2 LPACAP)

Por lo que se refiere a las copias de los documentos administrativos, esta cuestión se regula en el artículo 27 LPACAP y en los artículos 47 a 50 del RAFME. Acerca de la validez y eficacia de las copias realizadas por las Universidades públicas, el primer requisito de validez de las copias de documentos es que sean emitidas por los órganos competentes, esto es, habrán de ser expedidas por concretos funcionarios habilitados e inscritos en un registro. Según especifica el artículo 27.2 de la LPACAP, las copias auténticas (51) tendrán la misma validez y eficacia que los documentos originales.

En cuanto a la regulación legal de las copias auténticas de documentos privados dice la Ley que surten únicamente efectos administrativos —para BAÑO FOS (2021:199) debe entenderse que el precepto se refiere a que dichas copias surten plenos efectos administrativos, pues los efectos civiles tanto sustantivos como procesales los determina la legislación civil— teniendo las copias auténticas realizadas por una Administración universitaria validez en las restantes Administraciones (artículo 27.1, segundo párrafo LPACAP).

Conforme a la LPACAP cada Universidad puede y debe establecer los órganos que tengan atribuida la competencia para expedir copias auténticas.

(50) La firma del secretario autenticará el acta correspondiente y la jurisprudencia ha precisado que el visto bueno es expresión «de que el funcionario que lo expide está en el ejercicio de su cargo y de que su firma es auténtica, tratándose de una mera legalización documental» (Sentencia de 17 de marzo de 1970; en análogo sentido, la de 24 de enero de 1969) (GONZÁLEZ NAVARRO, 2012:270). En este sentido CATALÁN SENDER (2001:1-15).

(51) Recoge BERNING PRIETO (2019:222) la definición de copia auténtica, conforme a la guía elaborada por el Ministerio de Hacienda y Administración Pública (MINHAP), como «un nuevo documento, expedido por una organización con competencias atribuidas para ello, con valor probatorio pleno sobre los hechos o actos que documenta, equivalente al documento original».

Así lo determina el artículo 27.1 de la misma al señalar que «cada Administración Pública determinará los órganos que tengan atribuidas las competencias de expedición de copias auténticas de documentos públicos o privados». Esta competencia parece que debe ser atribuida al Secretario General, ya que la fe pública se encuentra entre las potestades administrativas reservadas a personal funcionario y debe contemplarse en los propios Estatutos de la universidad, como oportunamente hacen, entre otros (52), los Estatutos (53) de la Universidad Complutense de Madrid, que atribuyen al Secretario General la competencia para la expedición de las copias previstas en los artículos 26 y 27 de la LPACAP de aquellos documentos públicos o privados, cuyos originales obren en poder de cualesquiera órganos administrativos de dicha Universidad (artículo 67.2.d).

El RAFME, crea el Registro de Funcionarios Habilitados (artículo 31) para dar cumplimiento a lo previsto en la Ley y señala que los titulares de los órganos competentes para la expedición de copias auténticas de documentos públicos administrativos o documentos privados, que sean documentos originales o copias auténticas de documento original, designarán a los funcionarios habilitados para la emisión de las copias electrónicas auténticas, que se llevará a cabo mediante el correspondiente proceso de digitalización (artículo 48). Así las cosas, la Secretaría General de la Universidad Complutense, en virtud de la competencia expresamente atribuida, conforme a lo previsto en el artículo 67.2 de los Estatutos, dicta instrucción (54) sobre la emisión de copias auténticas previstas en los artículos 27 y 28 de la LPACAP que, conforme al artículo 27 antes mencionado, establece que las distintas Administraciones podrán realizar copias auténticas mediante actuación administrativa automatizada o por personal funcionario habilitado inscrito en el Registro de Funcionarios Habilitados, creando con este fin dicho registro. En todo caso, las copias electrónicas deben incorporar los metadatos que acreditan su condición de copia.

3. Potestad certificante de la Universidad en el ámbito disciplinario y sancionador

Hay veces que la función predominante del acto de certificación es la de dar información. Un supuesto particularmente relevante del ejercicio de la

(52) En la Universidad Internacional de Andalucía el «órgano» encargado de la expedición de copias auténticas es la Secretaría General con la eficacia prevista en el artículo 27 de la LPACAP (Acuerdo de 30 de enero de 2018, de la Universidad Internacional de Andalucía, adoptado por el Consejo de Gobierno, por el que se aprueba la Normativa de Registro de la Universidad Internacional de Andalucía BOJA número 53 de 16/03/2018).

(53) Decreto 32/2017, de 21 de marzo, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueban los Estatutos de la Universidad Complutense de Madrid.

(54) Instrucción de la Secretaría General de la Universidad Complutense de Madrid, de 6 de octubre de 2021 (BOUC n.º 21).

potestad de dación de fe pública en el ámbito disciplinario y sancionador lo constituye el artículo 77.5 LPACAP, que con redacción diferente, pero con un sentido coincidente al de la norma contenida en el artículo 137.3 (55) de la LRJ-PAC determina que «los documentos formalizados por los funcionarios a los que se reconoce la condición de autoridad y en los que, observándose los requisitos legales correspondientes se recojan hechos constatados por aquellos harán prueba de estos salvo que se acredite lo contrario (56)» (CÁMARA DEL PORTILLO, 2008:58; Gamero Casado, 2021:124). En cualquier caso, este valor probatorio privilegiado de presunción de certeza o veracidad es *iuris tantum*, es decir, se puede destruir mediante aportación de prueba en contrario.

4. Valor reforzado al documento público administrativo universitario en otras normas generales

En términos generales, se entienden como documentos públicos administrativos, conforme al artículo 26 de la LPACAP, «los válidamente emitidos por los órganos de las Administraciones Públicas».

No obstante, en principio, a efectos de prueba en el proceso, todos los documentos administrativos emitidos por las Universidades públicas, tienen el valor probatorio de documento público, al amparo del artículo 1216 del Cc (57), al disponer que «son documentos públicos los autorizados por un Notario o *empleado público competente*, con las solemnidades requeridas por la ley». Más impreciso el artículo 317.5 y 6 de la LEC (58) establece que los documentos públicos son los expedidos por funcionarios públicos *legalmente facultados* para dar fe en lo que se refiere al ejercicio de sus funciones y los que, con referencia a archivos y registros de órganos del Estado, de las Adminis-

(55) Señala CÁMARA DEL PORTILLO (2008:58) como un supuesto específico de la potestad certificante en el ámbito disciplinario y sancionador el artículo 137.3 LRJ-PAC. Declara la STS de 11 de mayo de 2012 (recurso 6204/2010), Sala 3.ª, sección 3.ª, ponente: María Isabel Perelló Doménech: «La presunción de veracidad del artículo 137.3 de la Ley 30/1992 solo se refiere a los hechos comprobados directamente por el funcionario, quedando fuera de su alcance las calificaciones jurídicas, los juicios de valor o las simples opiniones que los inspectores consignen en las actas y diligencias (Sentencias de esta Sala de 23 de abril de 2001, RC 6230/1995, y 22 de octubre de 2001, RCA 281/1999, y del Tribunal Constitucional núm. 76/1990, de 26 de abril, 14/1997, de 28 de enero, y 35/2006, de 13 de febrero, entre otras)» (GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, 2020:539).

(56) Declaró, entre otras, el valor probatorio de cargo de este tipo de documentos, para romper la presunción de inocencia, la STC 76/1990 (F. J. 8) y lo volvió a poner de relieve la STC 14/1997 (F. J. 6).

(57) Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.

(58) Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Hay que decir que esta tipificación por la LEC viene a establecer la validez de los documentos a efectos de su uso como prueba en los procesos judiciales.

traciones Públicas o de otras entidades de derecho público, sean expedidos por *funcionarios facultados para dar fe* de disposiciones y actuaciones de aquellos órganos, Administraciones o entidades. Esta delimitación de la LEC viene a determinar la validez de los documentos a efectos de su uso como prueba en los procesos judiciales, que como sabemos plantea el problema en el ámbito universitario sobre los documentos emitidos por los empleados universitarios en régimen laboral o que no estén legalmente facultados para dar fe.

Además, también es probable que se incumplan los requisitos de validez previstos en el artículo 26 de la LRJSP, lo que nos lleva a cuestionar que, si los documentos realizados a través de equipos informáticos, impresos, firmados y luego incorporados mediante medios electrónicos al expediente son «documentos emitidos a través de medios electrónicos» conforme al artículo 26.1, cuáles deben ser las consecuencias de la falta de cumplimiento de los requisitos del artículo 26.2 y, por tanto, de la validez del documento a efectos administrativos en las Universidades públicas. Lo que puede ser un problema fundamental en aquellos casos en que el citado «documento» es en la práctica el acto administrativo que pone fin al procedimiento o las consecuencias de falta de validez a efectos probatorios en procedimientos civiles, conforme a los artículos 1216 Cc y 317. 5 y 6 de la LEC y, como tales, si en juicio, «harán prueba plena del hecho, acto o estado de cosas que documenten, de la fecha en que se produce esa documentación y de la identidad de los fedatarios y demás personas que, en su caso, intervengan en ella» (artículo 319 (59) LEC).

V. EL DOCUMENTO ADMINISTRATIVO UNIVERSITARIO Y SUS COPIAS

1. El documento administrativo y el principio de equivalencia de soportes

Mediante el concepto de «documento público válidamente emitido» se determinan los documentos que reflejan un acto administrativo bien de trámite,

(59) Fuerza probatoria de los documentos públicos. 1. Con los requisitos y en los casos de los artículos siguientes, los documentos públicos comprendidos en los números 1º al 6º del artículo 317 harán prueba plena del hecho, acto o estado de cosas que documenten, de la fecha en que se produce esa documentación y de la identidad de los fedatarios y demás personas que intervengan. 2. La fuerza probatoria de los documentos administrativos no comprendidos en los números 5º [los expedidos por funcionarios públicos legalmente facultados para dar fe en lo que se refiere al ejercicio de sus funciones] y 6º [los que, con referencia a archivos y registros de órganos del Estado, de las Administraciones Públicas o de otras entidades de derecho público, sean expedidos por funcionarios facultados para dar fe de disposiciones y actuaciones de aquellos órganos, Administraciones o entidades] del artículo 317 a los que las leyes otorguen el carácter de públicos, será la que establezcan las leyes que les reconozca tal carácter. En defecto de disposición expresa en tales leyes, los hechos, actos o estados de cosas que consten en los referidos documentos se tendrán por ciertos, a los efectos de la sentencia que se dicte, salvo que otros medios de prueba desvirtúen la certeza de lo documentado.

bien finalizador del procedimiento o, en general, de una información o actuación relacionada con su actividad, en este caso, de la Universidad pública.

Para GONZÁLEZ PÉREZ y GONZÁLEZ NAVARRO, (2012:1360) los documentos públicos son aquellos que, «mediante la intervención de un funcionario o empleado público, aparecen revestidos de autenticidad, en virtud de declaración legal que conecta esa eficacia a aquella circunstancia».

2. Diferencia entre acto administrativo, forma y soporte o documento

El *acto administrativo* es la declaración o decisión que emite la Administración: por ejemplo, una «certificación sustitutoria de título» firmada por el Rector, una «certificación de retención e ingresos» firmada por el Gerente o, la certificación de las actas y acuerdos del Consejo de Gobierno de la Universidad expedida por el Secretario General.

La *forma* en cuanto al medio en que esa declaración o decisión se recoge puede ser oral (60), automática, o escrita. El artículo 26.1 LPACAP, no impone la forma escrita con carácter general, dispone que las Administraciones Públicas emitirán los documentos administrativos públicos por escrito, a través de medios electrónicos, a menos que su naturaleza exija otra forma más adecuada de expresión y constancia. Así lo determina también el artículo 36 (61) LPACAP, que en su apartado segundo prevé que la constancia escrita del acto, cuando sea necesaria, se efectuará y firmará por el titular del órgano inferior o funcionario que la reciba oralmente, expresando en la comunicación del mismo la autoridad de la que procede, y si se tratara de resoluciones, el titular de la competencia deberá autorizar una relación de las que haya dictado en forma verbal, con expresión de su contenido. Además, de acuerdo al artículo 70 LRJSP los expedientes tendrán formato electrónico, y se compondrán de acuerdo al NTIDE, cuya base jurídica se encuentra en el artículo 156 LRJSP.

El *soporte o documento* de los actos emitidos en forma escrita, puede ser en papel o electrónico. En diferentes lugares y concretamente en los artículos 26 y 27 la LPACAP se reconoce el mismo valor de eficacia a las publicaciones y documentos electrónicos que a los impresos en papel, siempre que cumplan ciertos requisitos, dando origen a un *principio de equivalencia de soportes* (62).

(60) Los acuerdos de los órganos colegiados son actos administrativos orales, cuya manifestación escrita sirve para dejar constancia de decisiones adoptadas previamente.

(61) «Los actos administrativos se producirán por escrito a través de medios electrónicos, a menos que su naturaleza exija otra forma más adecuada de expresión y constancia».

(62) Este principio, con sus correspondientes manifestaciones legales —dice GAMERO CASADO, 2021:138 y ss.— ocupa un papel básico en el régimen jurídico de la administración electrónica representando un importante estímulo a su implantación, pues iguala la gestión elec-

Ahora bien, un documento administrativo electrónico no es un simple fichero de texto, sino información de cualquier naturaleza en forma electrónica, archivada en un soporte electrónico que ha de reunir una serie de requisitos que garanticen la integridad del documento (es decir, sin posibilidad alguna de cambio, en definitiva, para que no pueda ser manipulado sin dejar rastro, como señala BERNING PRIETO (2019:154 y ss.), con un formato determinado y susceptible de identificación y tratamiento diferenciado, la identidad del órgano o autoridad que lo expide, la fecha, etc. Tanto la LPACAP —artículo 26.2— como el RAFME —artículo 46— regulan los requisitos. Como punto de partida, el precepto se refiere a los documentos válidamente (63) emitidos por los órganos de las Administraciones Públicas, cuya información haya sido generada, recibida o incorporada por las Administraciones Públicas en el ejercicio de sus funciones sujetas a Derecho administrativo.

3. Requisitos para la validez de los documentos administrativos

En general, un documento público administrativo es el expedido por un funcionario público en el desempeño de sus funciones o fines, de modo que acredite una situación jurídica, función o garantía mediante intervención de algún organismo público estatal reconocido [STS 27/7/1994 (Tol 199745)].

La validez de los documentos electrónicos administrativos, de aplicación plena a los actos dictados en soporte electrónico (GAMERO CASADO, 2021:152), se encuentra vinculada a una serie de requisitos (64), que conforme al artículo 26.2 LPACAP son:

trónica a la gestión en papel, despejando cualquier duda acerca del trato jurídico que deban merecer los documentos electrónicos. En definitiva, supone que un acto administrativo dictado directamente en un fichero informático —procesador de textos— y firmado electrónicamente equivale a ese mismo acto impreso en papel y firmado de forma manuscrita.

(63) Cabe citar en este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de junio de 2003 (Roj: STS 4017/2003, TOL: 305.918), Sala 3.ª, sección 6.ª, ponente: Francisco González Navarro, en la que se negó la condición de documento público administrativo a los informes médicos de un centro sanitario público en tanto se consideró que dichos centros no son órganos de la Administración en sentido jurídico y, por tanto, sus informes no podían tener la consideración de documento público administrativo (MOURENZA DÍAZ, 2021:194). «En definitiva, no estamos ante unos documentos fehacientes, porque no los expide un fedatario público. (...). Por tanto, ni siquiera cabe decir que estamos ante una prueba hipervaluada por el legislador (de la que sigue habiendo todavía algunos casos en nuestro derecho) que goce de mayor eficacia probatoria que las demás (en el bien entendido, hay que insistir en ello, de que hipervaloración legal de una prueba determinada no implica eliminación del principio de apreciación conjunta de la prueba con arreglo a las reglas de la sana crítica)» (GONZÁLEZ PÉREZ y GONZÁLEZ NAVARRO, 2012:1359).

(64) Estos requisitos se encuentran desarrollados en el RAFME.

- a) *Contener información de cualquier naturaleza archivada en un soporte electrónico según un formato determinado susceptible de identificación y tratamiento diferenciado.*

Subraya BAÑO FOS (2021:194) que la norma habla de «información de cualquier naturaleza» en coherencia con la Norma Técnica de Interoperabilidad de Documento Electrónico (NTIDE) de 2011 (65) (Anexo I) que distingue entre documentos de decisión, de transmisión, de constancia (acta, certificado y diligencia) o de juicio. Podría ser el caso, por ejemplo, de archivos pdf o docx, Los formatos determinados en los que se pueden emitir los documentos electrónicos se contemplan en la NTIDE, con ello se pretende restringir los formatos para lograr que los documentos puedan ser fácilmente interoperables, es decir, accesibles desde diferentes sistemas de información y con capacidad de compartir datos y posibilitar el intercambio de información y conocimiento entre ellos (BERNING PRIETO, 2019:193-199).

- b) *Disponer de los datos de identificación que permitan su individualización, sin perjuicio de su posible incorporación a un expediente electrónico.*

Dado que los documentos electrónicos se archivan en soportes físicos, deben contener unos datos adicionales que eviten que unos documentos puedan llegar a embarullarse con otros (identificándolos, autenticándolos y contextualizándolos) cuando son procesados por los sistemas de información. Esto se gestiona mediante los metadatos (BERNING PRIETO, 2019:199-201).

- c) *Incorporar una referencia temporal del momento en que han sido emitidos.*

Esto es, la fecha en que se expiden. Todos los documentos administrativos electrónicos deberán llevar asociadas una fecha de validez del documento o referencia temporal, es decir, una marca de tiempo (66) o un sello electrónico cualificado de tiempo (67) conforme a lo previsto en el artículo 50 RAFME.

(65) Resolución de 19 de julio de 2011, de la Secretaría de Estado para la Función Pública, por la que se aprueba la Norma Técnica de Interoperabilidad de Documento Electrónico. Esta norma ostenta carácter básico, y sus contenidos son esenciales para comprender en qué consiste un documento administrativo electrónico y cuáles son sus exigencias legales. Todo este régimen suscita una serie de consideraciones técnicas que, como señala BERNING PRIETO (2019:122:125), en su virtud, para ser considerados válidos, los documentos administrativos electrónicos deberán reunir.

(66) Se entiende por marca de tiempo la asignación por medios electrónicos de la fecha y, en su caso, la hora a un documento electrónico.

(67) Se entiende por sello electrónico cualificado de tiempo la asignación por medios electrónicos de una fecha y hora a un documento electrónico con la intervención de un prestador cualificado de servicios de confianza que asegure la exactitud e integridad de la marca de tiempo del documento. Los sellos electrónicos de tiempo no cualificados serán asimilables a todos los efectos a las marcas de tiempo.

d) *Incorporar los metadatos mínimos exigidos.*

Los metadatos son los que lleva incorporados un fichero electrónico proporcionando información acerca del propio documento. Por ejemplo, cuando trabajamos con carpetas informáticas y archivos y clicamos con el botón derecho del ratón sobre uno de ellos se despliegan una serie de metadatos: formato del documento, autor, fecha de creación, modificación, etc. La NTIDE (68) regula minuciosamente los metadatos que deben incorporar los documentos administrativos electrónicos, y también, el código del órgano que lo dicta y el tipo de acto administrativo que contiene.

e) *Incorporar las firmas electrónicas que correspondan de acuerdo con lo previsto en la normativa aplicable.*

En este sentido, el artículo 3, apartados 6 y 7 de la LFE reconoce que los documentos expedidos y firmados electrónicamente por los funcionarios públicos en ejercicio de sus funciones tienen «el valor y eficacia que corresponde a su naturaleza, conforme a su legislación específica», de manera que ostentan la condición de documentos administrativos en el sentido señalado al comienzo de este apartado. Por el contrario, no requerirán de firma electrónica los documentos electrónicos emitidos por las Administraciones Públicas que publiquen con carácter meramente informativo, así como los que no formen parte de un expediente administrativo —artículo 26.3 LPACAP—.

Además, gozarán de la consideración de válidos los documentos electrónicos que, cumpliendo los anteriores requisitos, sean trasladados a un tercero a través de medios electrónicos.

4. Consecuencias sobre el incumplimiento de los requisitos de validez

Llama la atención BAÑO FOS (2021:1954) sobre que el artículo 26.2 LPACAP establezca cuales son los requisitos de validez de los documentos administrativos electrónicos y, en cambio, no concrete los requisitos de los documentos administrativos en formato papel.

Además, la LPACAP no aclara si la falta de validez del documento por incumplir los requisitos establecidos en el artículo 26 y su normativa de desarrollo debe acarrear su anulabilidad o, por el contrario, se trata de un defecto material subsanable. Hay que estar, por tanto, al régimen general de los artículos 47 a 49 LPACAP (BAÑO FOS, 2021:195).

(68) La NTIDE es particularmente minuciosa, obligando a incorporar campos muy diversos: si es una resolución, un contrato, un convenio, una notificación, un original o una copia, etc.), el código de identificación normalizado del documento —para contribuir a la identificación a que hace referencia el artículo 26.2. b) —; etc., (BERNING PRIETO, 2019:208 y ss.).

No obstante, BERNING PRIETO (2019:153 y ss.), señala que cuando un documento en soporte electrónico carece de información ese vicio es determinante de nulidad radical o de pleno derecho y, el incumplimiento del resto de requisitos supone a veces un vicio formal determinante de anulabilidad y en otras ocasiones una simple irregularidad no invalidante. Para este autor, algunas de las exigencias constituyen requisitos formales indispensables para que un acto dictado en soporte electrónico alcance su fin (artículo 48.2 LPACAP) y, por consiguiente, su incumplimiento debe determinar la anulabilidad del acto en los siguientes casos:

- 1) Ser susceptible de individualización y tratamiento diferenciado, pues el acto administrativo debe poder individualizarse como tal, sin prestarse a confusión o equivocación por asimilación con otros actos administrativos diferentes.
- 2) Incorporar una referencia temporal (conforme al artículo 50 RAFME) del momento en que han sido emitidos, pues el elemento temporal es esencial en Derecho Administrativo y su omisión acarrea importantes consecuencias (por ejemplo, a efectos del cómputo del plazo máximo legal para resolver el procedimiento y notificar la resolución, cómputo del plazo de caducidad o silencio, de prescripción de una infracción...).
- 3) Incorporar las firmas electrónicas que correspondan, pues esta exigencia, además de lograr la identificación de la persona o entidad que dicta el acto (dado que el presupuesto primero y primordial en el proceso de producción de un acto administrativo es que éste sea dictado por el órgano competente (69)), es también garantía de la integridad e inalterabilidad de su contenido, debido a la tecnología asociada a su aplicación; y, así como la integridad de un documento en soporte papel queda garantizada por el propio soporte, cuando se trata de un documento electrónico es preciso acreditar la integridad del documento utilizando alguna tecnología que lo permita, como es el caso de la firma electrónica, pues en otro caso sería fácilmente manipulable y cabría, sin lugar a dudas, alterar su contenido.

Por lo que se refiere al resto de requisitos de forma de los documentos administrativos en soporte electrónico (artículo 26.2 LPACAP) es discutible que sus defectos sean determinantes de invalidez, pudiendo considerarse como irregularidades no invalidantes. Subraya BERNING PRIETO (2019:96 y ss.), por ejemplo, que los metadatos son útiles para garantizar la interoperabilidad y el

(69) La competencia tiene la condición de irrenunciable. Así lo dispone la LRJSP en su artículo 8, en relación con las competencias atribuidas a un órgano administrativo, resaltando que «se ejercerá por los órganos administrativos que la tengan atribuida como propia».

archivo de los documentos —gestión interna o doméstica de la Administración—, pero hasta cierto punto irrelevante de cara a las garantías de los ciudadanos. Por otra parte, cabría aceptar que la omisión de la referencia temporal no tenga consecuencias en algunos supuestos, como sería el caso de ciertos actos favorables o declarativos de derechos (como el otorgamiento de una beca).

Lo novedoso de todo este régimen y la ausencia de precedentes obliga a especular aguardando a los pronunciamientos jurisprudenciales que determinen la exigibilidad de los nuevos requisitos y las consecuencias de su incumplimiento.

La omisión de estos requisitos no supone en sí mismo que el documento sea inválido, puesto que tal calificativo (invalidez) sólo es predicable de los actos administrativos y no de su soporte o medio de exteriorización (el documento), por lo que como apunta BERNING PRIETO (2019:122 y ss.) cabe mejor decir que un documento es «perfecto» o «defectuoso», según reúna o no estas exigencias. No obstante, cuando el documento es a su vez soporte de un acto administrativo, sí podría decirse que dicho acto es inválido, en su caso.

5. Validez y eficacia de las copias realizadas por las Universidades públicas

Por lo que se refiere a las copias auténticas de documentos públicos o privados, tendrán tal condición las realizadas, cualquiera que sea su soporte, por los órganos competentes de las Administraciones universitarias en las que quede garantizada la identidad del órgano que ha realizado la copia y su contenido, en cuyo caso tendrán la misma validez y eficacia que los documentos originales. A tal efecto, las copias habrán de reunir los requisitos que establece el artículo 27.3 LPACAP.

Cabe distinguir al menos 5 combinaciones, a todas ellas la Ley atribuye el mismo valor, de acuerdo con el «*principio de equivalencia de soportes*», ya citado.

a) Las copias electrónicas de un documento electrónico original o de una copia electrónica auténtica, con o sin cambio de formato, deberán incluir los metadatos que acrediten su condición de copia y que se visualicen al consultar el documento. Como subraya el artículo 39.3 del RAFME, cuando estamos ante una copia electrónica de un documento electrónico estamos, en realidad, ante el mismo documento y con la misma eficacia jurídica.

b) Las copias electrónicas de documentos en papel o en otros soportes no electrónicos susceptibles de digitalización (70), requerirán que el documento

(70) «Se entiende por digitalización, el proceso tecnológico que permite convertir un documento en soporte papel o en otro soporte no electrónico en un fichero electrónico que contiene la imagen codificada, fiel e íntegra del documento» (BAÑO FOS, 2021:198).

haya sido digitalizado y deberán incluir los metadatos que acrediten su condición de copia y que se visualicen al consultar el documento.

c) Las copias en soporte papel de documentos electrónicos requerirán que en las mismas figure la condición de copia. La norma exige la impresión de un código generado electrónicamente u otro sistema de verificación, que permitirá contrastar la autenticidad de la copia mediante el acceso a los archivos electrónicos del órgano u Organismo público emisor. El Código Seguro de Verificación (CSV) (artículo 21 RAFME) permite comprobar que el documento es en realidad un verdadero documento electrónico y no un documento informático.

d) Las copias en soporte papel de documentos originales emitidos en dicho soporte se proporcionarán mediante una copia auténtica en papel del documento electrónico que se encuentre en poder de la Administración universitaria o bien mediante una puesta de manifiesto electrónica conteniendo copia auténtica del documento original que incorpore el correspondiente CSV.

e) Los interesados podrán solicitar, en cualquier momento, la expedición de copias auténticas de los documentos públicos administrativos que hayan sido válidamente emitidos por las Administraciones universitarias. La solicitud se dirigirá al órgano que emitió el documento original, debiendo expedirse, salvo las excepciones derivadas de la aplicación de la LTBG, en el plazo de quince días a contar desde la recepción de la solicitud en el registro electrónico de la Administración u Organismo competente. La Administración universitaria se convierte en garante de esa documentación, estando obligada a expedir copias auténticas electrónicas de cualquier documento en papel que presenten los interesados y que se vaya a incorporar a un expediente administrativo.

Cuando las Administraciones universitarias expidan copias auténticas electrónicas, deberá quedar expresamente así indicado en el documento de la copia. No obstante, tampoco establece la norma la ausencia de consecuencias sobre la infracción de los requisitos técnicos sobre la digitalización del documento originario o su posible desaparición del expediente.

La expedición de copias auténticas de documentos públicos notariales, registrales y judiciales, así como de los diarios oficiales, se regirá por su legislación específica.

6. Validez de los documentos electrónicos transmitidos.

Es preciso tener en cuenta que el «intercambio electrónico de datos en entornos cerrados de comunicación (71)» se define en la LRJSP para un ámbito

(71) La noción de entorno cerrado, explica CAMPOS ACUÑA (2017:238-240), hay que entenderla en contraposición al entorno abierto que supone la transmisión a través de Internet. Define el RAFME el entorno cerrado de comunicación como «un escenario de comunicaciones

y/o alcance muy específico. Así, lo señala el artículo 44, debe tener lugar exclusivamente para una misma Administración, es decir, «entre» las Administraciones, órganos, organismos públicos y entidades de derecho público. Dada esta circunstancia, se ha afirmado que sus efectos de garantía deben quedar circunscritos sólo a los órganos integrados o conectados en dicho entorno seguro y controlado, pero no a quienes no formen parte del mismo (Resolución N° 12342, de 16 de julio, de la Dirección General de los Registros y del Notariado). A pesar de esto, en la medida en que el artículo 26 de la LPACAP reconoce la válida emisión de todos los documentos administrativos que sean emitidos por medios electrónicos siempre que incorporen las firmas electrónicas que correspondan de acuerdo con la normativa aplicable y que sean trasladados al tercero por medios electrónicos, la validez de los documentos electrónicos emitidos y transmitidos en los «entornos cerrados de comunicaciones» debe, como señala el propio artículo 44 LRJSP, aceptarse a efectos de autenticación e identificación de emisores y receptores (lo que, teniendo en cuenta las reglas de valoración de la prueba de la LEC, puede también afectar a terceros).

7. Condiciones y garantías

Según el artículo 44.2 de la LRJSP, que regula las comunicaciones intrad- ministrativas, para que el «intercambio electrónico en entornos cerrados de comunicación» resulte jurídicamente admisible, es preciso determinar previamente las condiciones y garantías que resultarán aplicables. La norma prevé un doble sistema según quiénes sean los usuarios y los participantes de las comunicaciones electrónicas a tener lugar contemplando que, en la medida en que pertenezcan a una sola Administración, será esta última quien deter- mine las condiciones específicas por las que deberán regirse mientras que, en otro caso, se requerirá la firma de un convenio de colaboración entre las Administraciones participantes.

VII. CONCLUSIONES

A la vista de lo expuesto en las páginas anteriores y como conclusión, pueden destacarse las siguientes ideas:

PRIMERA. La escasez de estudios sobre un tema tan sensible como la dación de fe pública, certifical y de constancia fehaciente de las Universidades

delimitado, controlado y protegido en el que los participantes se relacionan a través de medios electrónicos, según unas garantías y condiciones determinadas que incluyen la relación de emisores y receptores autorizados, la naturaleza de los datos a intercambiar y las medidas de seguridad y protección de datos».

públicas, no debe llevar a entender que dicha potestad se encuentre conferida implícitamente a cualquier órgano o empleado de la Universidad.

SEGUNDA. Las actas extendidas por el Secretario General de la Universidad se consideran documentos públicos certificados, por cuanto contienen un acto de certificación de la sesión correspondiente, a diferencia de lo que sucedería con los documentos extendidos o elaborados por otros órganos colegiados de la Universidad que carezcan de la facultad de dar fe al respecto.

TERCERA. Además de prever que el Secretario General de la Universidad debe ser un funcionario del Grupo A, el legislador, tomando como referencia las similitudes entre los entes locales y las Universidades debería configurar la figura del Secretario General como un órgano profesionalizado, independiente y objetivo en la medida en que tiene encomendadas tareas similares a las que cumplen los funcionarios con habilitación de carácter nacional «la de Secretaría, comprensiva de la fe pública y el asesoramiento legal preceptivo» que como sabemos el artículo 9.2 TREBEP reserva a funcionarios públicos. Además, en cuanto secretario de un órgano colegiado (el Consejo de Gobierno), le corresponde —conforme a la LRJSP— la función de velar por la legalidad formal y material de las actuaciones del órgano. Es cuestionable por tanto que el cargo de Secretario General de la Universidad y Secretarios de órganos colegiados se provean por los sistemas de libre designación o confianza, así como que se encargue la jefatura del gabinete jurídico o servicios jurídicos a personas que no sean juristas o con conocimientos en la materia.

CUARTA. La cuestión del valor probatorio de los documentos emitidos por empleados públicos en régimen laboral (artículo 11 TREBEP) no plantea problemas en relación con el Secretario General, puesto que, conforme al art. 22 de la LOU, en las Universidades públicas, dicho puesto debe ser desempeñado siempre por un «funcionario público» (docente o no docente). No sucede, en cambio, lo mismo (pues no lo establecen los Estatutos universitarios) respecto a los Secretarios de Facultades, Escuelas y Departamentos, que pueden ser funcionarios públicos o profesores contratados en régimen laboral en alguna de las categorías previstas en los artículos 48 y siguientes de la LOU [en las figuras de Ayudante, Profesor Ayudante Doctor, Profesor Contratado Doctor, Profesor Asociado (con el problema de los falsos asociados) y Profesor Visitante].

Tampoco suelen ser funcionarios públicos los secretarios de los Consejos Sociales ni, por cierto, los Secretarios Generales de las Universidades privadas (como es conocido, la LOU exige (artículo 27) que los órganos unipersonales de gobierno se denominen igual en las Universidades públicas que en las Universidades privadas).

QUINTA. A tenor de la normativa vigente, parece que las certificaciones emitidas por los secretarios de los Consejos Sociales, así como, los Secretarios Generales y los Secretarios de Facultades y Escuelas de las Universidades

privadas habrían de considerarse como documentos privados por no haber sido emitidos conforme al concepto que proporcionan la LEC y el Cc, aunque dichas Universidades (tanto públicas como privadas) tengan atribuida la prestación del servicio público de la educación superior mediante la investigación, la docencia y el estudio (artículo 1.1 de la LOU).

SEXTA. El Ordenamiento jurídico puede reconocer presunción de certeza o veracidad a las manifestaciones realizadas por ciertos funcionarios públicos, al igual que reconoce a los notarios la potestad de dación de fe pública, así los documentos formalizados por los funcionarios a los que se reconoce la condición de autoridad y en los que, observándose los requisitos legales correspondientes se recojan los hechos constatados por aquéllos harán prueba de éstos salvo que se acredite lo contrario (artículo 77.5 LPACAP). También las copias auténticas de los documentos de las Administraciones Públicas habrán de ser expedidas por concretos funcionarios habilitados e inscritos en un registro (artículo 27 LPACAP). Además, el artículo 16 LRJSP reconoce potestad de certificación a los secretarios de los órganos colegiados, que, no obstante, deberán observar lo que dispone el TREBEP y la jurisprudencia constitucional.

SÉPTIMA. A la vista de la evolución legislativa, no cabe duda de que el documento electrónico, tanto público como privado, es un hecho y que los operadores jurídicos habrán de familiarizarse con la consulta de los metadatos que incorporan, con los certificados de confianza, y, sobre todo, con sus códigos seguros de verificación (CSV), a los efectos de comprobar su procedencia, autoría y contenido, todo para cumplir lo que ya preveía el artículo 1216 del Código Civil, esto es, que sea autorizado, con las solemnidades requeridas por la ley, por un empleado público competente.

OCTAVA. Parece claro que la generación de un documento administrativo en soporte electrónico no se cumplimenta con un simple procesador de textos: es necesario implantar un sistema de información, es decir, de gestión documental que permita satisfacer todas las exigencias normativas, lo que puede lastrar el despliegue de la administración electrónica que no será tan inmediata y ágil como se desea, al exigir un importante esfuerzo económico, organizativo y de gestión.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- ALGRE ÁVILA, JUAN MANUEL y SÁNCHEZ LAMELAS, ANA (2021): *Validez y eficacia de los actos jurídicos: procedimientos, actos y recursos administrativos*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- BAÑO FOS, JOSÉ MARÍA (2021): «Emisión de documentos por las Administraciones Públicas», en JOSÉ MARÍA BAÑO LEÓN y JUAN JOSÉ LAVILLA RUBIRA (dirs.), *Comentarios al procedimiento administrativo*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 193-208.

- BERNING PRIETO, Antonio David (2019): *Validez e invalidez de los actos administrativos en soporte electrónico*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra).
- CÁMARA DEL PORTILLO, Diego (2008): «La fe pública universitaria: la secretaría general en un archipiélago de órganos colegiados», en AAVV, *La reforma de los estatutos universitarios*, Universidade de Vigo, Pontevedra, pp. 39-65.
- CAMPOS ACUÑA, Concepción (Dir.), (2017): *Comentarios a la Ley 39/2015 de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas*, Wolters Kluwer, Madrid.
- CATALÁN SENDER, Jesús (1998): «El significado del “Visto Bueno” extendido en las certificaciones por la Presidencia de los órganos colegiados. Una aproximación histórica, doctrina y jurisprudencial», *Actualidad administrativa*, núm. 3, pp. 43-56.
- COSCULLUELA MONTANER, Luis (2019): *Manual de derecho administrativo*, Civitas, Cizur Menor (Navarra).
- CRUZ LÓPEZ, Pablo de la (2016): «De los órganos colegiados en la Administración General del Estado», en Miguel Ángel RECUERDA GIRELA (Dir.) *et al.*, *Régimen jurídico del sector público y procedimiento administrativo común*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), pp. 219-220.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón (1976): «La potestad certificante en la jurisprudencia», *Revista española de derecho administrativo*, núm. 8, pp. 146-153.
- GAMERO CASADO, Eduardo (2021): *La potestad administrativa: concepto y alcance práctico de un criterio clave para la aplicación del derecho administrativo*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- GAMERO CASADO, Eduardo y FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano (2021): *Manual básico de derecho administrativo*, Tecnos, Madrid.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón (2017): *Curso de Derecho Administrativo I*, Civitas, Madrid.
- GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, José Antonio (2021): «Comentario al artículo 77 Ley 39/2015», en José María BAÑO LEÓN y Juan José LAVILLA RUBIRA (Dirs.), *Comentarios al procedimiento administrativo*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 527-539.
- GARRIDO FALLA, Fernando (1957): «La Administración Pública como objeto de ciencias jurídicas y no jurídicas», *Revista de Documentación Administrativa*, núm. 23, pp. 9-62.
- GÓMEZ OTERO, Carlos A. (2003): «Título III: Del Gobierno y representación de las universidades», en AAVV, *Un paseo por la LOU. Análisis sistemático de la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades*, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, pp. 277-282.

- GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús y GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco (2012): *Comentarios a la Ley de régimen jurídico de las administraciones públicas y procedimiento administrativo común: (Ley 30-1992, de 26 de noviembre)*, Thomson-Civitas, Madrid.
- GUINOT BARONA, María (2021): «Comentario al artículo 13 Ley 39/2015», en José María BAÑO LEÓN y Juan José LAVILLA RUBIRA (Dirs.), *Comentarios al procedimiento administrativo*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 103-114.
- LLADÓ MARTÍNEZ, Albert (2017): «Las leyes 39 y 40 de 2015 y las universidades públicas: su exclusión de la esfera de la administración pública y consecuencias derivadas», *Revista Galega de Administración Pública*, núm. 53, pp. 77-108.
- MARTÍN DE LA LEONA ESPINOSA, José María (1998) «Estatuto jurídico de los Secretarios Generales», en *III Seminario sobre aspectos jurídicos de la gestión universitaria*, Lex Nova, Valladolid, pp. 305-356.
- MONTORO PUERTO, Miguel (1969): «Actos de certificación», *Revista de Estudios de la Vida Local*, núm. 162, pp. 205-235.
- MORA RUIZ, Manuela (2018): «La organización universitaria: entre la reforma constante y el cambio imposible», en Fernando LÓPEZ RAMÓN; Ricardo RIVERO ORTEGA, y Marcos Matías FERNANDO PABLO (Coords.), *Organización de la Universidad y la Ciencia*, Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), Madrid, pp. 483-527.
- MOURENZA DÍAZ, José Ramón (2021): «Los órganos de las Administraciones Públicas», en José MARÍA BAÑO LEÓN y Juan José LAVILLA RUBIRA (Dirs.), *Comentarios al procedimiento administrativo*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 981-1076.
- SÁNCHEZ MORÓN, Miguel (2020): *Derecho de la función pública*, Tecnos, Madrid.
- VALERO TORRIJOS, Julián (2017): «Capítulo XLVIII. Los órganos administrativos». en Eduardo GAMERO CASADO (Dir.), *Tratado de Procedimiento Administrativo Común y Régimen Jurídico Básico del Sector Público*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 2705-2753.
- VALLE PASCUAL, Juan Manuel del (2003): «única: derogación normativa», en AAVV, *Un paseo por la LOU. análisis sistemático de la ley orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de universidades*, Universidad pontificia de comillas, Madrid, pp. 649-653.

AGENCIAS ESTATALES: EL MODELO CONSOLIDADO EN SISTEMAS JURÍDICOS DE TRADICIÓN ANGLOSAJONA QUE FRACASÓ EN ESPAÑA(*)

JUAN BAUTISTA GÓMEZ MORENO(**)

Graduado en Derecho, Universidad de Zaragoza

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.– II. ORIGEN DE LAS AGENCIAS ESTATALES.– III. EL ORIGEN EN ESPAÑA DE LAS AGENCIAS ESTATALES Y SU RÉGIMEN JURÍDICO EN LA LEY 28/2006.– IV. RECIBIMIENTO DE LA LEY DE AGENCIAS POR LA DOCTRINA ESPAÑOLA.– V. MUERTE DE LAS AGENCIAS ESTATALES.– VI. ...Y RESURRECCIÓN DE LAS AGENCIAS. OPINIONES SOBRE LA REFORMA.– VII. DIFERENCIAS ENTRE LA LEY DE 2006 Y LA REGULACIÓN ACTUAL DE LAS AGENCIAS ESTATALES.– VIII. CONCLUSIONES.– IX. AGENCIAS ESTATALES.– X. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

RESUMEN: En el año 2006 se introdujeron en España las agencias estatales como una nueva tipología de organismo público, con vocación de modernizar la Administración pública española y dirigirla hacia un modelo de gestión de los servicios públicos flexible y eficaz. Este modelo gerencial, ya asentado en varios países de tradición anglosajona, no se desarrolló en España como se esperaba y terminó por suprimirse en 2015. No obstante, el legislador ha optado por recuperarlas otra vez en 2021, aflorando de nuevo el debate sobre su conveniencia. El presente trabajo tiene por objeto analizar el fracaso de las agencias estatales como organismo público y como cultura en la gestión de los servicios públicos.

Palabras clave: agencias estatales; modelo gerencial; responsabilidad de gestión; autonomía financiera; gestión de los servicios públicos.

State agencies: an accomplished model in Anglo-Saxon legal system which failed in Spain

ABSTRACT: In 2006 government agencies' were introduced in Spain as a new typology of public entity, with the purpose of modernizing the Spanish Public Administration and direct it towards a managerial model based on flexibility and efficiency in the public services management. The managerial model, accomplished in Anglo-Saxon

(*) Trabajo recibido en esta REVISTA con fecha 15/10/2021 y evaluado favorablemente para su publicación el 16/05/2022.

(**) Estudio realizado con ocasión del Trabajo de Fin de Grado del Grado en Derecho en la Universidad de Zaragoza, correspondiendo su dirección a los profesores Darío Badules Iglesias y Antonio Embid Irujo.

legal systems, did not succeed in Spain as expected and ended up being suppressed in 2015. Nevertheless, the Parliament has decided to recover the agencies in 2021, bringing out the debate on this issue again. The aim of this study is to analyze the failure of the government agencies as a new public entity and as a new public services management culture.

Keywords: government agencies'; managerial model; performance responsibility; financial autonomy; public services management.

I. INTRODUCCIÓN

La tensión entre burocracia y *laissez faire* es un fenómeno constante en la política, que tiene sus manifestaciones, consecuentemente, en la sociedad y también en nuestra Administración Pública y el Derecho. Desde hace décadas venimos experimentando las consecuencias que el movimiento pendular entre estas dos concepciones provoca a nivel económico y social. En lo que al Derecho Administrativo respecta, esta dinámica se traduce en una ida y vuelta a la regulación, en la huida del Derecho Público y al retorno de los controles, en la autonomía y el regreso de la supervisión; y viceversa.

Las Agencias Estatales nacieron en España como la personificación de la modernidad, la racionalización y la eficiencia dentro de la Administración o, al menos, esas fueron sus intenciones. El entonces vigente régimen jurídico de las administraciones públicas se consideraba un obstáculo para la correcta gestión y prestación de servicios públicos de calidad. Flexibilidad, autonomía, responsabilidad y eficacia debían ser las notas definitorias de una Administración del siglo XXI, frente a las rigideces y corsés que caracterizaban a la burocracia precedente.

Encontrar alguna explicación al porqué del fracaso de un proyecto tan, *a priori*, ambicioso, como fue el de tratar de «agencificar» a gran escala nuestra Administración es el principal propósito de este trabajo. Para intentar resolver este interrogante he realizado un seguimiento histórico de la figura de las agencias y de su desarrollo en España, tratando de analizar tanto su régimen jurídico como las circunstancias que en cada momento las rodearon, hasta, finalmente, su supresión y reciente recuperación. A ello dedicaré las siguientes páginas.

II. ORIGEN DE LAS AGENCIAS ESTATALES

El concepto de «agencia» no es una denominación que se utilice de forma unívoca y universal para identificar, entre los distintos sistemas de Derecho que existen, una categoría concreta de ente público que presente una serie de

notas comunes en todos ellos. Como bien apunta BOTO ÁLVAREZ (3), en Italia y en Francia, bajo el nombre de «agencias» encontramos numerosos entes públicos con regímenes jurídicos distintos, desde entes que carecen de personalidad jurídica propia hasta verdaderas Administraciones independientes. Siguiendo a esta autora, en España, desde antes de la aprobación de la Ley 28/2006, de 18 de julio, de Agencias estatales para la mejora de servicios públicos, ya existían organismos públicos con esta designación, como la Agencia de Protección de Datos o la Agencia Estatal de la Administración Tributaria, con regímenes jurídicos diferentes entre sí, y diferentes del régimen de agencias que se aprobaría posteriormente.

Por lo tanto, al hablar del «origen de las agencias estatales» en el contexto en que se desarrolla el presente trabajo —pues, como ya se ha visto, en cada país, e incluso dentro de cada país, el concepto puede sugerir cosas radicalmente distintas— hay que poner el foco en el surgimiento de las agencias estatales entendidas como un modelo concreto y específico de gestión pública, que nace en un momento concreto y que encuentra su sustento ideológico y teórico en las corrientes del *new public management*.

El *new public management* es el título genérico bajo el que se agrupan todas las políticas orientadas a aplicar en la gestión de los servicios públicos los principios y fórmulas propias de la empresa privada. Inicialmente formulada en el Reino Unido, según LANE, el *new public management* es (lo era en su momento, en los ochenta, como veremos; lo fue a principios de siglo y lo sigue siendo hoy en día) la corriente más influyente de los últimos tiempos a la hora de establecer nuevos modelos de gestión pública en todo el mundo:

Initiated in the United Kingdom, it spread to first and foremost the United States, Australia and especially New Zealand, and then further on to Scandinavia and Continental Europe. NPM [new public management] is part of the managerial revolution that has gone around the world, affecting all countries (4).

Explica este autor que, en las décadas de los 80 y los 90 del siglo XX, la percepción generalizada de ineficacia que existía en torno a las fórmulas clásicas de asignación de recursos y gestión de los servicios públicos era la razón por la que se empezaron a acometer las reformas que proponía el *new public management*, buscando la optimización y la eficiencia que (se supone) siempre ha caracterizado al sector privado y a la práctica empresarial. Así, considera que «the emergence of new public management would be incomprehensible without a background knowledge of the criticism of the traditional

(3) BOTO ÁLVAREZ, A. (2015). La agencia como forma organizativa de optimización de servicios públicos. Pasado, presente y futuro de una España en crisis. *Revista Digital de Derecho Administrativo*, n.º 13, primer semestre 2015, pp. 47-50.

(4) LANE, J. E. (2000). *New Public Management*. Ed. Routledge, 1.ª edición, p. 3.

institutional mechanisms employed in the public sector: the bureau, the public enterprise, and the traditional schemes focusing upon entry regulation as well as licences» (5).

En este contexto, nacieron en Reino Unido las *executive agencies* como consecuencia del impulso de las políticas liberales del momento que, en lo que respecta a la remodelación de la Administración pública, en Reino Unido, se concretaron, entre otros, en lo que se llamó «*the Next Steps programme*». En 1979, con la llegada de Margaret Thatcher al gobierno del Reino Unido, se creó la *Efficiency Unit* dependiente de la propia primera ministra, inicialmente pensada para recortar gasto y que, posteriormente, se dedicó a evaluar el desempeño y funcionamiento del sector público.

Según HADDON, «the Efficiency Unit was established (...) to look for ways of saving money in departments but developed a pattern of work that would also seek to tackle skills and culture, with some hope of thereby reforming the system itself» (6). Así, «(...) the aims behind them [los *scrutinies*, esto es, las evaluaciones] were therefore to have an impact beyond delivering a quick round of savings. It was an attempt to change the practices and behaviour behind the inefficiency and waste» (7). Pero las *executive agencies* como tal no se llegaron a crear hasta el año 1988 (8), cuando empieza genuinamente el proceso de «agencificación» de la Administración pública en el Reino Unido.

Es en un informe (9) remitido en 1987 a la entonces primera ministra del Reino Unido donde aparece por primera vez la sugerencia de creación de un nuevo ente público:

We recommend that 'agencies' should be established to carry out the executive functions of government within a policy and resources framework set by a department (...) these units, large or small, need to be given a well defined framework in which to operate, which sets out the policy, the budget, specific targets and the results to be achieved (...) the head of the agency would be given personal responsibility... (10).

Las *agencies* que el informe propone se configuran como unidades de carácter autónomo; corresponde a cada ministro fijar los objetivos en un plan

(5) LANE, J. E. (2000). *New Public Management...*, p. 57.

(6) CATHERINE HADDON. (2012). Reforming the civil service. The Efficiency Unit in the early 1980s and the 1987 Next Steps Report. *Institute For Government*, p. 5.

(7) CATHERINE HADDON. (2012). Reforming the civil service..., p. 7.

(8) NEHAL PANCHAMIA, PETER THOMAS. The Next Steps Initiative. *Institute For Government*. Página 4, figura 2. La primera agencia creada fue la *Vehicle Inspectorate* (hoy suprimida).

(9) Kate JENKINS, Karen CAINES y Andrew JACKSON (1987). *Improving management in government: the next steps. Report to the Prime Minister*.

(10) JENKINS *et al.* *Improving management...*, p. 9 y siguientes.

de actuación a largo plazo, quedando a discreción de la dirección de la agencia la forma en la que lograr dichos objetivos, con la máxima independencia posible y asumiendo los *managers* la responsabilidad por su desempeño profesional. La responsabilidad del ministro se circunscribiría al plano estrictamente político, sin responder de cuestiones de carácter técnico-operacional, bajo la premisa: «it is unrealistic to suppose that they [the ministers] can actually have knowledge in depth about every operational question» (11). De este modo, se desdobra la responsabilidad por la implantación de un programa o medida política y la responsabilidad por la ejecución técnica de dicho programa y su presupuesto. Para la creación de estas *executive agencies* no se aprobó ningún tipo de legislación específica ni se definieron éstas en un tipo legal de organismo público, sino que las constituyeron los propios departamentos ministeriales (12).

A lo largo del citado informe aparecen las notas de flexibilidad, control de gestión, responsabilidad por la gestión, y objetivos y logros predeterminados en planes de actuación; notas que, como inmediatamente se verá, definen el modelo de agencias estatales que se pretendió implementar, sin éxito, en España en 2006 y que ha sido reintroducido de nuevo en nuestro ordenamiento jurídico.

El modelo de agencias estatales para una gestión pública más autónoma y descentralizada no solo se puso en marcha en el Reino Unido. En Suecia, país que ya contaba con una larga tradición en lo que a autonomía administrativa se refiere (13), también se importaron las teorías del *new public management*: «Since the 1990s, agency reform has been broadly characterized by structural disaggregation from central departments, by delegating of more management decision-making autonomy to managers, and by performance contracting» (14). Cada departamento ministerial tiene adscritas multitud de agencias estatales. A modo de ejemplo, el ministerio de justicia cuenta con 23 agencias estatales y el ministerio de cultura, con 34 de ellas (15). La forma en que se relacionan las agencias con el poder político es muy similar a la que se ha visto para las *executive agencies* del Reino Unido:

(11) JENKINS *et al.* *Improving management...*, p. 10.

(12) ANDREW LIMB. (2001). What lessons can we learn from the UK's next steps agencies model? *Statskontoret*.

(13) De hecho, se ha dicho que: «the type of semi-autonomous organization that is today referred to as central government agencies has actually been around in Sweden for several hundred years». Shirin Ahlbäck ÖBERG y Helena WOCKELBERG. (2020). Agency control or autonomy? Government steering of Swedish government agencies 2003-2017. *International Public Management Journal*, p. 8.

(14) ÖBERG Y WOCKELBERG. *Agency control...*, p. 3.

(15) Fuente: Government Agencies, Government Offices of Sweden. Sitio web: <https://www.government.se/government-agencies/>.

The reforms that followed during the late 1980's and early 1990's, based on the concept of performance management, represented an attempt to restore, and make more explicit, the decision powers of the political leadership. The government was required to provide a better description of what it expected from an agency, and the budget horizon was prolonged. In return, agencies were given extensive freedom when deciding on the use of administrative allocations but were simultaneously required to deliver improved reports and analyses of their achieved results (16).

Como vemos, aquí también existe esa relación bilateral de confianza-responsabilidad entre el poder político y el gestor o *manager* en virtud de la cual uno define las líneas generales de actuación y el otro se compromete, bajo su responsabilidad y con amplio margen para la decisión y ejecución, a alcanzar los objetivos previstos. El mecanismo de fiscalización típico será la rendición de cuentas, de hecho, el mayor o menor control gubernamental sobre una agencia estatal puede medirse en la cantidad y en la periodicidad de los análisis e informes de gestión exigidos a la misma.

El modelo que se implantó en Nueva Zelanda durante las mismas décadas fue aún más allá, configurando un genuino contrato entre el poder político y los directores ejecutivos (que reemplazaron a los funcionarios de carrera) en el que se plasman específicamente las responsabilidades y la *performance* esperada:

NZ reforms linked policy makers and service providers by formal contracts. These include individual employment contracts for senior and middle managers, performance agreements for department chief executives, purchase agreements (...). These contracts are supposed by estimates which detail expenditures by output classes (...) performance targets and measures, annual reports and audited financial statements (17).

Muchos otros países como Noruega, Japón o Australia implementaron en su momento modelos gerenciales como el que se fraguó en el Reino Unido tal como se acaba de ver, eso sí, con sus particularidades, incidencias y, en definitiva, idiosincrasia propia de cada uno, cuestiones que ya quedan fuera del objeto de esta investigación.

Mención especial merece el caso de los Estados Unidos de América, probablemente el país en el que el recurso a estas tipologías administrativas sea el más extendido, ya que las agencias estatales (en sentido muy amplio del término) nacieron mucho antes, pero no de la misma forma y con la misma motivación o contexto que para las agencias británicas o neozelandesas

(16) Per MOLANDER, Jan-ERIC NILSSON y ALLEN SCHICK. (2002). Does anyone govern? The relationship between the Government Office and the agencies in Sweden. *Report from the SNS Constitutional Project*.

(17) PER MOLANDER, JAN-ERIC NILSSON Y ALLEN SCHICK. (2002). Does anyone govern?..., pp. 120 y siguientes.

acabamos de ver. La problemática que rodea concretamente a los Estados Unidos es de carácter conceptual en la forma que se señalaba al principio de este trabajo: cualquier entidad administrativa o autoridad distinta de los tribunales o del poder legislativo puede considerarse una agencia. «Agency» es o puede ser fácilmente sinónimo de administración e incluso, como dice el doctor MORENO MOLINA (18), hasta al presidente de los Estados Unidos se le podría considerar una agencia si atendemos exclusivamente a las definiciones legales que de las agencias contienen las leyes y codificaciones americanas. Al final, y siguiendo al profesor, el concepto de agencia en Estados Unidos se va, mediante la exclusión de unos organismos y la inclusión de otros, construyendo jurisprudencialmente.

Es por ello que, para concluir este apartado y sin ánimo de exhaustividad dadas las características de este estudio, podemos decir que «la administración por agencias» (independientes o no, de ejecución del presupuesto o no...) en los Estados Unidos es más una situación administrativa primigenia o que surge de la evolución propia del país dada la carencia de burocracia o aparato administrativo previo del mismo, que una tipología concreta de organismo, bien definida y con unos objetivos o reservada para unos objetivos concretos como se vio para el Reino Unido y como se verá a continuación para el caso de España; claro está, sin negar la evidente influencia e inspiración que para las «agencias» británicas tuvo.

III. EL ORIGEN EN ESPAÑA DE LAS AGENCIAS ESTATALES Y SU RÉGIMEN JURÍDICO EN LA LEY 28/2006

En España, con la aprobación de la Ley 28/2006, de 18 de julio, de agencias estatales para la mejora de servicios públicos (en adelante, LAE), tuvo lugar el primer acercamiento en nuestro país (con cierto retraso, pues hay casi 20 años de diferencia con respecto a otros países ya comentados) a un modelo de gestión pública por agencias siguiendo las líneas maestras de lo que debiera ser un modelo gerencial «típico». En el preámbulo de la LAE se habla de una «fórmula organizativa general, dotada de un mayor nivel de autonomía y de flexibilidad en la gestión, pero que, al mismo tiempo, refuerce los mecanismos de control de eficacia y promueva una cultura de responsabilización por resultados». Como se ve, no dista mucho de los planteamientos del *new public management* y, concretamente, de los principios fundamentales sobre los que se erigieron las *executive agencies* en el Reino Unido.

(18) MORENO MOLINA A.M. *La administración por agencias en los Estados Unidos de Norteamérica*. Coedición de la Universidad Carlos III de Madrid y BOE, 1995, pp. 29 y siguientes.

La LAE se articuló en cinco capítulos, diez disposiciones adicionales (muy importantes algunas de ellas, como se tendrá ocasión de ver) y dos disposiciones finales. El primer capítulo, con el título «Disposiciones generales», regulaba la naturaleza, el régimen jurídico y las cuestiones relativas a la creación, modificación y supresión de las agencias. La LAE configura las agencias estatales como entidades de derecho público, con autonomía en la gestión, patrimonio propio y con capacidad para ejercer potestades públicas. La creación de las agencias requería de una habilitación legal y se hacía a través de la aprobación de un Estatuto. La aprobación del Estatuto y sus modificaciones se llevaban a cabo por Real Decreto. Por su parte, se extinguían por el transcurso del plazo previsto legalmente, por cumplimiento de sus objetivos o por asumir las Comunidades Autónomas las competencias propias de las agencias. La LAE, la Ley habilitante para la creación de las agencias en cuestión, el Estatuto propio de las mismas y las normas generales de derecho público eran el marco regulador de tales entidades.

El capítulo segundo, bajo la rúbrica «Organización», establecía la estructura orgánica básica que debían adoptar las agencias estatales. Éstas estaban adscritas al Ministerio que promovió su creación y conformadas por órganos de gobierno, un órgano ejecutivo y uno de control. Los órganos de gobierno eran el presidente y el Consejo Rector. Al presidente, nombrado por el Consejo de Ministros, le correspondía presidir el Consejo Rector y ejercer las funciones que determinase el Estatuto de la agencia. El Consejo Rector era el órgano colegiado de gobierno encargado de, como mínimo, elaborar el contrato de gestión, aprobar los planes de acción de la entidad, el proyecto de presupuestos, las cuentas e informes anuales preceptivos, establecer los criterios de selección y controlar el desempeño del director y de la agencia en general. El director era el órgano ejecutivo principal encargado de la gestión ordinaria de la agencia, nombrado por el Consejo Rector a propuesta del presidente. El presidente podía ejercer las funciones del director si así lo preveía el Estatuto. Por último, como órgano de control, la Comisión de Control se constituía para informar al Consejo Rector sobre todos los asuntos económicos y financieros relativos a la agencia y, concretamente, informar del cumplimiento del contrato de gestión.

Un aspecto que destacar en la regulación de la composición del Consejo Rector era el hecho de que el artículo 10.1 d) de la LAE previese la participación de las Comunidades Autónomas (CCAA) en dichas agencias estatales y la designación directa de sus representantes dentro del Consejo Rector, a diferencia de lo que sucede con los organismos autónomos o las entidades públicas empresariales que, según la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (en adelante, LOFAGE), quedaban bajo la dirección ministerial (y las eventuales secretarías, subsecretarías, direcciones generales y delegaciones nombradas y dependientes exclusivamente del Gobierno central sin intromisión de las CCAA).

En el capítulo tercero, bajo el título de «Gestión transparente por objetivos», se contenía la regulación del contrato de gestión. El contrato de gestión era el instrumento capital en el desarrollo de la gestión encomendada a las agencias estatales: contenía los objetivos, planes, previsiones y recursos destinados a la gestión que va a desarrollar la agencia. La naturaleza jurídica del contrato de gestión fue un punto discutido en su momento por la doctrina (19). ¿Era un verdadero contrato como el que se ha visto anteriormente para el caso de Nueva Zelanda, era un acuerdo o un convenio entre el ministerio y el organismo público o era una delegación de competencias de carácter especial?

La LAE, en su artículo 14, disponía que el contrato de gestión era elaborado por el Consejo Rector de la agencia y remitido por éste para su aprobación por Orden conjunta a los ministerios de adscripción, al Ministerio de Economía y Hacienda y al Ministerio de Administraciones Públicas. Opinaba en su momento (inmediatamente posterior a la aprobación de la LAE) el profesor PÉREZ GÁLVEZ que, para encontrarnos ante un contrato *stricto sensu*, este debería cumplir una serie de condiciones: que se prevea una responsabilidad exigible por incumplimiento y un mecanismo de denuncia de parte. De no existir, nos encontraríamos ante una figura más parecida a un plan de acción o programa de actuación (20). Y, efectivamente, examinando (21) los primeros contratos de gestión que se aprobaron y sus posteriores prórrogas no se vislumbra en ellos ninguna cláusula relativa a la responsabilidad de la agencia como tal, ni relativa a la responsabilidad del Ministerio al que se adscribe. Los contratos de gestión se limitaban a regular las cuestiones presupuestarias, los objetivos de la gestión y las condiciones retributivas del personal de la agencia. La única responsabilidad prevista en los contratos de gestión era la referente al personal directivo (pero ni siquiera para el director de la agencia, cuyo cese era discrecional por parte del Consejo Rector. Ni en la LAE ni en, por ejemplo, el Estatuto de la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, aparecen criterios para la medición de la responsabilidad por incumplimiento del director).

(19) PÉREZ GÁLVEZ, J. F. (2007). *Las agencias estatales para la mejora de los servicios públicos*. Ed. Comares, 1.ª edición. Páginas 199 y siguientes; COSCULLUELA MONTANER, L. (2006). *Las Agencias Estatales*. *Revista Española de Control Externo*, vol. 8, n.º 24, p. 47; entre otros, si bien existía amplio consenso en rechazar la naturaleza contractual de la figura.

(20) PÉREZ GÁLVEZ, J. F. (2007). *Las agencias estatales...* Páginas 199 y siguientes.

(21) Los contratos de gestión examinados a tal efecto han sido los siguientes: Orden PRE/2650/2008, de 4 de septiembre, por la que se aprueba el Contrato de Gestión de la Agencia Estatal de Evaluación de las Políticas Públicas y la Calidad de los Servicios; Orden PRE/3/2009, de 9 de enero, por la que se aprueba el Contrato de Gestión de la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado; Orden PRE/454/2014, de 17 de marzo, por la que se aprueba el Contrato de Gestión de la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado para el periodo 2013- 2016; y Orden PRE/1914/2009, de 13 de julio, por la que se aprueba el Contrato de gestión de la Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo.

Volviendo a la regulación de la LAE, el capítulo cuarto «Funcionamiento y medios» se hallaba dividido en tres secciones. La primera, dedicada a contratación y patrimonio, se limitaba a recordar que los contratos que celebrasen las agencias se someterían a la legislación de contratación pública pertinente y que la gestión de su patrimonio se sometería, por su parte, a las disposiciones de la Ley 33/2003, de 2 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas. La sección segunda regulaba el régimen jurídico del personal de las agencias estatales, que podía tener la categoría de funcionario o laboral. El personal directivo sería «preferentemente» funcionario, pero también se preveía la cobertura de estos puestos mediante contratos de alta dirección. En todo caso, se incorporaban los principios clásicos de igualdad, mérito y capacidad en los procesos de selección de personal. Por otro lado, en la sección tercera se enumeraban los medios financieros a los que podían recurrir las agencias estatales para el desempeño de sus actividades; en la práctica, el más importante era el correspondiente a las transferencias directas obtenidas vía Presupuestos Generales del Estado. Como regla general y salvo disposición con rango de Ley en contrario, las agencias estatales no podían recurrir al endeudamiento para financiar sus operaciones corrientes.

El capítulo quinto «Gestión económico-financiera» también se encontraba dividido en tres secciones. La primera de ellas configuraba el procedimiento para la elaboración y aprobación del presupuesto de la agencia. Las variaciones de presupuesto que modificasen la cuantía global o las retribuciones de personal deberían ser aprobadas por el Ministerio de Economía y Hacienda, salvo que la variación presupuestaria en la cuantía global se hiciera con cargo a ingresos de mercado, patrocinios, ingresos obtenidos a título gratuito o remanentes de tesorería no afectados a la financiación de los siguientes ejercicios. La sección segunda se limitaba a imponer la llevanza de la contabilidad de acuerdo con los principios que rigen la contabilidad pública y a someter a plazo la formulación de las cuentas anuales. Por último, la sección tercera atribuía el control de la gestión económico-financiera al Tribunal de Cuentas y a la Intervención General de la Administración del Estado y, el control de eficacia, lo atribuye a los ministerios de adscripción.

Como venía diciendo, las disposiciones adicionales tienen especial trascendencia porque en ellas se contiene la habilitación legal para la creación de numerosas agencias estatales (prácticamente todas las que existen actualmente, pese a haber sido derogada la LAE). Las disposiciones adicionales primera, segunda y tercera autorizaban a crear nada menos que 12 agencias estatales. La disposición adicional quinta contenía una autorización general para que, en el plazo de dos años (muy optimista, visto en perspectiva), el ejecutivo transformase por la vía de Real Decreto los organismos públicos ya existentes que considerase en agencias estatales. La disposición adicional sexta disponía, en fin, que a partir de la entrada en vigor de la LAE todos los

organismos públicos que hubieren de crearse se configurasen preferentemente como agencias estatales.

Como se ve, la LAE autorizaba la creación de 12 agencias estatales y la conversión de los organismos públicos existentes en agencias. Es decir que, pese a autorizar la creación de una serie de agencias en concreto, la LAE no cerraba con un *numerus clausus* las posibilidades para que el ejecutivo utilizara libremente esta tipología de organismo público, pudiendo este haber reconvertido, en su momento y con amplia discrecionalidad, cualesquiera organismos públicos en agencias; todo ello sin contar con la «generalización» de la tipología de las agencias que la LAE proponía para los futuros organismos públicos.

Hasta su derogación formal en octubre del año 2015 tan solo se constituyeron 9 agencias estatales (véase el apartado IX). Se han constituido más agencias en la Comunidad Autónoma de Galicia (22) (un total de 11, entre los años 2011 y 2018) (23) que en todo el ámbito estatal. A nivel autonómico, es únicamente de la legislación de la Comunidad Autónoma de Galicia de donde puede predicarse la existencia de una figura homologable a las agencias estatales. En la Comunidad Autónoma de Valencia aparece el ya nominado contrato plurianual de gestión, en referencia a un tipo de entidades de derecho público (24), regulado con unos contenidos parecidos de forma muy sucinta, pero no existe como tal un tipo de organismo público que se pueda equiparar a las agencias estatales. En otras CCAA como La Rioja se hallan agencias (25) constituidas como organismos públicos singulares de carácter especial, que, por mucho que puedan reunir todas o algunas de las notas que definen a las agencias estatales (como la autonomía de gestión, flexibilidad...) tampoco pueden equipararse, a mi juicio, por no existir como categoría a tener en cuenta a la hora de organizar la administración (siguiendo una cierta concepción filosófica o política de cómo debería funcionar el sector público) sino que existen de forma aislada por circunstancias puntuales.

(22) La Ley 16/2010, de 17 de diciembre, de organización y funcionamiento de la Administración general y del sector público autonómico de Galicia, regula, en sus artículos 74 y siguientes, las agencias autonómicas gallegas en términos similares a los contenidos en la LAE: gestión por objetivos, responsabilidad, contrato plurianual de gestión, autonomía y transparencia...

(23) Fuente: Inventario de Entes del Sector Público (INVENTE).

(24) Según la Ley 1/2015, de 6 de febrero, de Hacienda Pública, del Sector Público Instrumental y de Subvenciones, el sector público instrumental valenciano se compone de organismos autónomos y de entidades de derecho público. El art. 155 de esta Ley menciona en su punto 4 a las entidades de derecho público no empresariales, las cuales han de regirse por este contrato plurianual de gestión.

(25) Como la Agencia de Desarrollo Económico de la Comunidad Autónoma de La Rioja.

Finalmente, en CCAA como Cataluña o Andalucía existen organismos públicos con la denominación de agencias (26) pero que, en consonancia con lo dicho al inicio del apartado I del presente trabajo, responden a regímenes jurídicos que no tienen que ver con el concepto de agencia que estamos tratando. De hecho, en Andalucía, en el esquema clásico español de «organismos autónomos y entidades públicas empresariales», dichos organismos reciben el nombre de «agencias administrativas» y «agencias públicas empresariales» (27), respectivamente.

IV. RECIBIMIENTO DE LA LEY DE AGENCIAS POR LA DOCTRINA ESPAÑOLA

Las agencias estatales fueron creadas en España por la LAE, con la finalidad de modernizar y dirigir la administración pública hacia un modelo de gestión caracterizado por la flexibilidad y la autonomía de los organismos públicos. Hasta la aprobación de la LAE, para esquivar la regulación contenida en la entonces vigente LOFAGE era una práctica común la de crear organismos públicos con regímenes jurídicos particulares diferentes al que, con carácter general, imponía la LOFAGE, especialmente el referido a los Organismos Autónomos, sometidos plenamente a Derecho Administrativo y a la normativa presupuestaria general (arts. 45 y ss. LOFAGE). Para hacernos una idea, la LAE cuantificaba, en su preámbulo, en 47 el número de organismos públicos con régimen jurídico singularizado de 138 organismos existentes; esto es, prácticamente un tercio del total.

La LAE y el cambio estructural en la Administración Pública que proponía se recibió con un optimismo generalizado, celebrando la llegada a nuestro país de este modelo gerencial que ya se había puesto en marcha en otros países del entorno. En este sentido, se dijo, entre otras cosas, que su aprobación suponía «un avance fundamental en el proceso de reforma y modernización del Sector Público español» y que «implica[ba] un cambio cultural que requiere asumir una nueva concepción no sólo de la gestión pública, sino del Sector Público» (28), en lo que se refiere al modelo organizativo, económico-financiero y de gestión.

(26) *Agència Catalana del Patrimoni Cultural, Agència de l'Habitatge de Catalunya*, Agencia Andaluza de Instituciones Culturales, entre muchas otras.

(27) Clasificación que se recoge en el artículo 54 de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía; sumándose las entidades instrumentales privadas: sociedades y fundaciones.

(28) CARABALLO ESTEBAN, T. A. y ZUBIAUR ETCHEVERRY, G. (2007). Agencias: instrumento básico del sistema de gestión pública. Síntesis del modelo y lecciones de la experiencia internacional. *Auditoría Pública*, n.º 42, pp. 41-51.

En cambio, no faltaron las voces críticas en cuanto a otro de los objetivos perseguidos por la LAE; esto es, el objetivo de dotar de un marco jurídico común para la que habría de ser la nueva categoría estándar de la Administración Pública, marco general que evitara recurrir a la confección de regímenes jurídicos individualizados para cada organismo público existente o por existir. Muy acertadamente exponía en su momento COSCULLUELA MONTANER (29) que, mientras quede definido el marco general en una Ley ordinaria o mientras una norma de rango superior a una Ley ordinaria no prohibiera este tipo de proceder, bastaría otra Ley de igual rango para soslayar las previsiones que figuran en la Ley que regula el marco general. Esta facilidad para «huir de los tipos generales» seguiría, como en otras ocasiones en el pasado, «sembrando de regímenes singulares nuestro ordenamiento jurídico». El mismo autor proponía (30), como solución a esta constante dentro de la Administración Pública, que los tipos y normas esenciales de las administraciones institucionales se regularan en una Ley de bases, al amparo del artículo 149.1. 18.º de la Constitución española.

Es pertinente exponer, brevemente, cuáles fueron las reacciones de la oposición parlamentaria ante la aprobación de la LAE. En el año 2007, el profesor PÉREZ GÁLVEZ recogió en su estudio (31) sobre las Agencias estatales parte de las opiniones y reacciones del Grupo Parlamentario Popular (obra a la que me remito para una completa exposición de lo que fue la LAE y su proceso de aprobación), reacciones de las que resulta interesante extraer especialmente este fragmento de la propuesta de veto (32) del mismo grupo parlamentario:

La respuesta que el proyecto de Ley pretende dar para la modernización de la AGE no se corresponde con lo que debería de ser un modelo articulado de Administración en la que sus estructuras sirvan a los intereses generales (...) evidenciando la falta de modelo para impulsar una reorganización de la Administración en España (...). El proyecto de Ley que remite el ejecutivo, lejos de avanzar en el conocimiento de los fines perseguidos en la organización administrativa con la creación de Agencias públicas y de los medios materiales y humanos con los que van a contar, despacha la posible justificación de la oportunidad de su creación, o no, con una amplia facultad delegada en el Gobierno.

El principal partido de la oposición centraba sus críticas, entre otras cuestiones, en la potencial opacidad y discrecionalidad que la LAE otorgaba

(29) COSCULLUELA MONTANER, L. (2006). Las Agencias Estatales..., p. 38.

(30) COSCULLUELA MONTANER, L. *Manual de Derecho Administrativo*. Ed. Civitas, 2006, 17.º edición, pp. 293 y siguientes.

(31) PÉREZ GÁLVEZ, J. F. *Las agencias estatales para la mejora de los servicios públicos*. Ed. Comares, 2007, primera edición.

(32) Boletín Oficial de las Cortes Generales, Senado, Serie II, número 63-c, 19 de mayo de 2006.

al ejecutivo y en la «generalidad» con la que se encontraba justificada, en las disposiciones adicionales de la Ley, la creación de las que iban a ser las primeras agencias estatales.

Sea como fuere, el recibimiento que tuvo esta Ley dentro de la comunidad técnica y científica también fue positivo. La posibilidad de adoptar una forma de organización autónoma, sin rigideces y con evaluación por resultados era vista con buenos ojos. FERNÁNDEZ DE LABASTIDA (33) consideraba que la aprobación de este nuevo modelo de gestión suponía «un paso de gigante» que «abr[ía] la posibilidad de crear nuevas estructuras organizativas que permitan un desarrollo más eficiente de las políticas de investigación» (34). En consonancia con otros autores aquí citados, también afirmaba que la introducción de las agencias iba a suponer un «cambio de cultura sin precedentes en la función pública».

La positividad con la que fueron recibidas las agencias estatales tiene, en mi opinión, una causa: las experiencias de Derecho comparado. Esta fórmula organizativa de las Administraciones Públicas llevaba tiempo funcionando en otros países, especialmente en los sistemas de Derecho anglosajón. Hasta ese momento, en España, no se había puesto en marcha una figura homologable a lo que venían siendo las *executive agencies* del Reino Unido, trasplantadas en todo el mundo en las pasadas décadas. ¿Por qué fueron objeto de incorporación al sistema español? Habrá quien las considere una forma de gestión que optimiza recursos y resultados, aunque también hay que tener en cuenta que la tradición y cultura jurídicas de cada país son importantes a la hora de asimilar con mayor o menor facilidad nuevas instituciones políticas y jurídicas desconocidas o no experimentadas. Y habrá, simplemente, quien piense que todo lo exterior e importado es y funciona mejor que lo propio.

Con el paso de los años, se observa cómo el optimismo inicial se torna en una actitud escéptica: «la falta de aprobación de las principales innovaciones previstas (...) impiden la emisión de juicios más concluyentes que deberán esperar, sin duda, que el paso del tiempo y la comprobación de los efectivos cambios producidos supongan una mejora efectiva en la gestión administrativa» (35). Para el año 2009 apenas sí habían sido creadas cuatro o cinco

(33) A la sazón, vicepresidente de Investigación Científica y Técnica en el CSIC (2004-2008), secretario general de Política Científica y Tecnológica (2008-2009) y Director General de Investigación y Gestión del Plan Nacional de I+D+i (2009-2010).

(34) FERNÁNDEZ DE LABASTIDA, J.M. (2006). 20 años de la Ley de Ciencia. *Revista madri+d, Monografía especial, diciembre 2006*, pp. 112-114.

(35) ÁLVAREZ CARREÑO, S. M. (2009). El proceso de institucionalización de las agencias estatales para la mejora de los servicios públicos en España. *Revista VIA IURIS, n°7, julio-diciembre, 2009*, pp. 13-26.

agencias con sus respectivos estatutos. También, para mediados de ese mismo año, tan solo habían sido aprobados dos contratos de gestión (36), tres años después de la aprobación de la LAE y de la aprobación de los estatutos de varias de ellas. Poco tiempo después, con el cambio de gobierno, el legislador optaría por derogar la LAE y suprimir esta tipología de entes de nuestro ordenamiento jurídico.

V. MUERTE DE LAS AGENCIAS ESTATALES

Según explica SERRANO SANZ (37), las crisis periódicas forman parte de la esencia de nuestro sistema económico y, con ocasión de las crisis especialmente graves, «la sociedad termina interpretándola[s] en clave de fracaso de las instituciones vigentes», esto es, que «la crisis promueve el debate que confronta la confianza en la iniciativa privada y la confianza en la intervención pública». Continúa este profesor explicando cómo de la Gran Depresión de los años 30 se siguió una política económica intervencionista y reguladora y cómo, de la crisis del petróleo de los años 70, se siguieron políticas de signo contrario en los países desarrollados.

Como se ha visto, las *executive agencies* nacieron en la década de los 80 en el Reino Unido en un contexto desregulador y liberalizador, intentando incorporar a la Administración pública las dinámicas empresariales. En cambio, en España, las agencias estatales nacen en el año 2006, a escasos dos años del estallido de la crisis financiera de 2008, crisis que provocará una vuelta a la regulación y supervisión levantadas (38), en mayor o menor medida en cada país, durante las décadas de los 80, los 90 y de los 2000.

(36) Orden PRE/2650/2008, de 4 de septiembre, por la que se aprueba el Contrato de Gestión de la Agencia Estatal de Evaluación de las Políticas Públicas y la Calidad de los Servicios y Orden PRE/3/2009, de 9 de enero, por la que se aprueba el Contrato de Gestión de la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado.

(37) SERRANO SANZ, J. M. *De la crisis económica en España y sus remedios*. Ed. Pressas Universitarias de Zaragoza, 2011, primera edición, pp. 17 y siguientes.

(38) Sobre todo, en relación con el sector financiero. En los Estados Unidos de América, con la Administración Reagan, comenzó un gran período de desregulación en general y, en especial, del sector financiero y de seguros. En 1982 se levantó la prohibición a las entidades de inversión de realizar operaciones de riesgo con los ahorros de los depositantes. En 1998, ya bajo el mandato de Clinton, se produjo la fusión ilegal de *Citigroup* en contra de lo dispuesto en la Ley Glass-Steagall (o *Banking Act*), Ley que fue derogada un año después precisamente para legalizar la fusión de *Citigroup* y permitir fusiones futuras, plagando *Wall Street* de *TBTF corporations* (entidades cuya quiebra amenazaría la estabilidad de un país entero debido a su tamaño). Esta desregulación y falta de supervisión financiera, entre otras muchas causas, acabaría provocando la crisis financiera de 2008. Fuente: AUDREY MARRS, CHARLES FERGUSON (productores), CHARLES FERGUSON (director). *Inside Job* (Documental, 2010).

La crisis financiera de 2008 tuvo en España sus particularidades, entre ellas, que se había jugado el crecimiento económico del país a la carta del endeudamiento masivo, tanto público como de familias y empresas, hasta llegar al punto de ser el país con el mayor porcentaje de déficit por cuenta corriente del mundo. En palabras del catedrático TORRERO MAÑAS (39), nuestro país crecía enormemente de la misma forma que se hacía cada vez más vulnerable y se agravaba la situación por una actitud del Gobierno, en un primer lugar, negacionista, y en un segundo lugar, temeraria, al intentar paliar los efectos de la crisis mediante la promoción de obras públicas también con cargo al endeudamiento del Estado. Todo ello supuso, a al postre, que la situación de España fuera comparativamente peor a la de nuestros homólogos europeos, sobre todo los ahorradores: escepticismo de los inversores, elevadas tasas de paro y rentabilidad en la colocación de nuestra deuda muy inferior respecto de la media de la zona euro (en el año 2010 se llegó a un diferencial récord respecto de los bonos alemanes de 221 puntos básicos) (40).

Es decir, para lo que a la administración pública respecta, se vislumbraban ya tiempos de contención y racionalización del gasto, recortes de personal y menos riesgo a la hora de proponer nuevas iniciativas en la gestión pública. ¿Fracasarían en España las agencias estatales por su coincidencia en el tiempo con la crisis financiera? No, o no exclusivamente, al menos. Como se tendrá ocasión de ver, las agencias estatales no habían si quiera empezado a despegar antes de que se tomaran las primeras medidas «anticrisis», pero tampoco puede obviarse la importancia que tuvo la crisis económica en las numerosas reformas legislativas, económicas, fiscales y de la estructura y funcionamiento de la administración que se realizaron en España, puesto que, durante esos años, evitar la quiebra del estado era la máxima prioridad.

Con esto se quiere decir que, en el caso español, ya de serie, las agencias estatales van a nacer en un contexto próximo de contención, inestabilidad, cambios normativos espontáneos y de dificultades financieras tanto para el Estado como para los operadores económicos, en lugar de nacer en un ambiente de crecimiento económico y simplificación normativa. Con la aprobación de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico de Sector Público (LRJSP), fueron suprimidas finalmente las agencias estatales. Pero hay que fijar la mirada unos años atrás para entender el porqué.

Como venía diciendo, en 2008 estalló una crisis financiera que hizo notar sus efectos en todo el mundo. En lo que a nuestro país respecta, y como bien

(39) TORRERO MAÑAS, A. (2010). *La crisis financiera y sus efectos sobre la economía española*. IAES, Serie Documentos de trabajo, 13/2010.

(40) PELÁEZ RODRIGUEZ, E. (2011). *Crisis financiera y crisis económica*. Cuadernos de formación, colaboración 8/11, volumen 12/2011, Agencia Estatal de Administración Tributaria.

expuso en su momento MONTOYA MARTÍN (41), a raíz de un Procedimiento de Déficit Excesivo abierto por la Unión Europea, el Consejo de Ministros aprobó una serie de planes de estabilidad y contención presupuestaria para las Administraciones públicas, planes que se endurecerían y aumentarían la rigidez de sus medidas con la llegada del nuevo ejecutivo en diciembre de 2011.

En este escenario, se entendió necesaria la elevación del principio de estabilidad presupuestaria a la categoría de principio constitucional, operándose para ello una reforma del artículo 135 de la Constitución (42) (reforma que se impulsó un mes después de la convocatoria oficial de elecciones anticipadas, aunque podría parecer que lo más conveniente habría sido esperar a la formación de nuevas cámaras para acometer una reforma de esta naturaleza...).

Esta reforma perseguía varios objetivos, declarados en su propia exposición de motivos: «fortalecer la confianza en la estabilidad de la economía española a medio y largo plazo» y «garantizar el principio de estabilidad presupuestaria, vinculando a todas las Administraciones Públicas en su consecución, reforzar el compromiso de España con la Unión Europea y, al mismo tiempo, garantizar la sostenibilidad económica y social de nuestro país». Siguiendo de nuevo a la profesora MONTOYA MARTÍN, esta modificación constitucional «se basa en la imposición al máximo nivel y a todas las Administraciones públicas del principio de estabilidad presupuestaria, y no de equilibrio presupuestario (...) establece, además, cuáles son esos márgenes del déficit estructural y, quizás aquí es donde la reforma es más polémica» (*ib.*), unos límites de déficit fijados por la Unión Europea y por el desarrollo legislativo del artículo 135 CE.

Este desarrollo llegó con la aprobación de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, la cual impone una monitorización centralizada del gasto público, tanto a nivel local, autonómico como de la Administración General del Estado, en cierta medida incompatible con la autonomía financiera y de gestión pensadas como ejes centrales del modelo de agencias estatales. En el modelo gerencial, los medios presupuestarios, objetivos de gestión y límites de déficit vendrían especificados en el contrato plurianual de gestión personalizado para cada una de las agencias, con autonomía respecto del departamento ministerial de adscripción. En mi opinión, el legislador y el ejecutivo entendieron, en esta tesitura, que lo conveniente era tomar medidas homogéneas y elaborar planes generales directamente observables por el conjunto de las administraciones públicas.

(41) MONTOYA MARTÍN, E. (2012). Reflexiones sobre el sector público instrumental en un contexto de crisis económica: la inaplazable hora de la racionalización. *Estructuras administrativas y racionalización del gasto, VII Congreso AEPDA, Tarragona, 10-11 febrero de 2012.*

(42) BOE núm. 233. Reforma del artículo 135 de la Constitución Española, de 27 de septiembre de 2011.

En esta línea, del informe (43) confeccionado por la Comisión para la Reforma de las Administraciones Públicas (CORA) (44) se desprende una idea similar: «Por todo ello, no puede decirse que sus objetivos se hayan alcanzado [refiriéndose a la LAE], incluso después de más de seis años de vigencia (...) porque las medidas de control de gasto público han neutralizado la pretensión de dotar a las agencias de mayor autonomía financiera, hasta el punto de que las leyes de presupuestos anuales han llegado a prohibir esta posibilidad». El mismo informe pone de manifiesto que para el año 2013 tan solo habían sido creadas 7 agencias, de las autorizadas inicialmente por la LAE, más una agencia extra, haciendo un total de 8 (actualmente, en 2021, siguen siendo tales 8). Las recomendaciones que figuran en dicho informe se hicieron efectivas con la puesta en marcha de la Oficina para la ejecución de la reforma de la Administración (45).

El Consejo de Estado (46), al dictaminar sobre el anteproyecto de Ley de la LRJSP, también resaltó que las previsiones de la LAE no se han llegado a cumplir y que el desarrollo de las agencias ha sido mínimo: «por más que el periodo de tiempo transcurrido desde la aprobación de esta ley no pueda considerarse suficiente para extraer conclusiones definitivas sobre la eficacia de dicha fórmula, máxime en una situación de severa crisis económica y financiera como la que se está viviendo, se aprecia, en efecto, que *la categoría de las agencias estatales no se ha consolidado como tipo general de organismo público*» (la cursiva es mía).

En cuanto a la supresión, el citado dictamen pone el foco en este punto: «Este régimen de flexibilidad [refiriéndose al régimen presupuestario], unido al mayor esfuerzo presupuestario necesario para el cumplimiento de los objetivos de este tipo de entes, está detrás de la supresión de las agencias estatales», «la supresión total de este organismo público (...) obedece a una razón

(43) Informe de la Comisión para la Reforma de las Administraciones Públicas, 21 de junio de 2013, pp. 214 y 215.

(44) Este órgano fue creado por Acuerdo de Consejo de Ministros de 26 de octubre de 2012 con la finalidad de realizar un estudio integral sobre la Administración pública, en clave de austeridad, eficiencia y racionalización. El trabajo de la CORA consistió en proponer reformas en la Administración Pública, muchas de ellas relativas a la incorporación de las TIC en el funcionamiento habitual de las administraciones. La CORA se organizó en 4 subcomisiones, encargadas, respectivamente, del estudio de las duplicidades administrativas, de los procesos burocráticos, de la coordinación entre administraciones y del estudio de la administración institucional.

(45) En virtud de Real Decreto 479/2013, de 21 de junio, por el que se crea la Oficina para la ejecución de la reforma de la Administración; derogado por Real Decreto 671/2014, de 1 de agosto.

(46) Dictamen 274/2015, de 29 de abril de 2015, del Consejo de Estado sobre el Anteproyecto de Ley de Régimen Jurídico de Sector Público.

coyuntural, de origen exclusivamente presupuestario, que no guarda relación con una supuesta inadecuación de dicho modelo para la gestión de políticas públicas». Me parece importante destacar la precisión que hace el Consejo de Estado: que el tiempo transcurrido y la irrupción de la crisis no permite extraer conclusiones definitivas sobre la eficacia del modelo gerencial.

El argumento que da el Consejo de Estado para avalar la supresión de las agencias (en las conclusiones del dictamen no se hace referencia a esta cuestión, por lo que entiendo que se da el visto bueno) se reduce a que las previsiones de la LAE no se han cumplido y a que la tipología de las agencias no se ha constituido como tipología general de organismo público, pese a reconocer expresamente que ni se pueden extraer conclusiones de la efectividad del modelo ni se proponen en el Anteproyecto de Ley soluciones a las carencias del antiguo esquema dual de organismos autónomos y entidades públicas empresariales. Es, en mi opinión, una forma muy simplista de respaldar un cambio normativo.

En la Memoria de Análisis de Impacto Normativo del Anteproyecto de la LRJSP también se pone de manifiesto el fracaso de la LAE, evidenciando la no consecución de los objetivos previstos en la Ley y el poco desarrollo de esta categoría de organismo público dentro de la Administración General del Estado, pero sentenciando, en cierta consonancia con la opinión del Consejo de Estado más arriba expuesta, que «el fracaso del modelo no implica que fuese equivocado en todas sus características», señalando como carencias del mismo el «modo en que se fijaban los indicadores de gestión y las consecuencias de su incumplimiento» (47).

Las recomendaciones de la CORA fueron la base sobre la que se promulgaron las importantes leyes que ahora rigen nuestras administraciones públicas: la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, y la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público; siendo ésta última la que suprime, en su Disposición derogatoria única, las agencias estatales.

En el período que abarca desde la aprobación de la LAE hasta la derogación formal por la Ley 40/2015, fueron creadas 9 agencias estatales. En la LAE se habilitaba a la creación directa de 12 agencias, así como la reconversión en el plazo de dos años de todos los organismos públicos y la adopción por defecto de la categoría de agencia estatal para todos los organismos públicos que hubieren de crearse a partir de la entrada en vigor de la LAE. Es decir, en cuanto a los objetivos cuantitativos, no se cumplieron ni las previsiones iniciales en un plazo cuatro veces mayor del que la LAE proponía.

(47) Memoria de Análisis de Impacto Normativo del Anteproyecto de Ley de Régimen Jurídico de Sector Público, p. 5.

Finalmente, la Disposición derogatoria única de la LRJSP, establecía como fecha límite el día 1 de octubre de 2024 para la efectiva supresión o reconversión de las agencias estatales (un plazo muy generoso, teniendo en cuenta que no llega ni a 10 el número de agencias existentes). Llama la atención que durante ese plazo no solo no se eliminaran un número significativo de agencias (tan solo se suprimió una de ellas y ahora veremos por qué) sino que llegara a crearse una agencia nueva, de fecha posterior a la de promulgación de la LRJSP: la Agencia Estatal de Investigación.

La agencia que sí llegó a suprimirse fue la Agencia Estatal de Evaluación de las Políticas Públicas y la Calidad de los Servicios (AEVAL, véase Apartado IX). En el RD en el que ésta se disuelve únicamente se hace referencia al mandato legal de la LRJSP como motivo para su disolución, pero CAMPOS ACUÑA (48) nos recuerda que su eliminación se debe exclusivamente a un pacto político (49) entre el Partido Popular y Ciudadanos, eliminación que vendría acompañada de la creación de un organismo independiente para realizar idéntica tarea de forma «independiente, profesional y efectiva». Llamativo es que se buscara la «interdependencia» con una entidad dependiente de una secretaría de Estado (50) (un retroceso claro si lo comparamos con la autonomía de la que, se supone, ha de gozar una agencia). Opinaba la doctora CAMPOS en su momento que la verdadera causa de la supresión (más bien, reconversión) de esta agencia fue el desinterés o la negativa a que existiese en España un «sistema de evaluación de las políticas públicas que funcione».

Si se ve en perspectiva, el resto de las agencias estatales se quedaron prácticamente como estaban. Ni se suprimieron ni se convirtieron durante ese tiempo, rigiéndose mientras tanto por la LAE (Ley que permanecía en estado «cataléptico» puesto que era una norma formalmente derogada) y manteniendo su estatus.

VI. ...Y RESURRECCIÓN DE LAS AGENCIAS. OPINIONES SOBRE LA REFORMA

Tras nueve años de vigencia, y como se ha visto, las agencias estatales fueron suprimidas en virtud de la Disposición derogatoria única de la LRJSP,

(48) CAMPOS ACUÑA, M.C. (2017). Desaparece AEVAL ¿Por qué no interesa la evaluación de las políticas públicas? Sitio web: concepcioncampos.org.

(49) El acuerdo suscrito para que el Grupo Parlamentario de Ciudadanos votara a favor de la investidura del ya expresidente del Gobierno Mariano Rajoy: «150 compromisos para mejorar España». En concreto, el punto 17 del mismo.

(50) El Instituto para la Evaluación de Políticas Públicas, con rango de subdirección general adscrita a la Secretaría de Estado (art 13.7 del RD 769/2017, de 28 de julio, ya citado).

fijando como último término para su definitiva supresión o reconversión el día 1 de octubre de 2024. Sin embargo, a finales del año 2020, el legislador estatal consideró conveniente reintroducir esta figura organizativa en el ordenamiento jurídico a través de la Ley 11/2020, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2021, mediante una modificación de la LRJSP operada por la Disposición final trigésima cuarta de aquella.

Las agencias estatales «renacen», aunque se vio al final del apartado anterior, ni si quiera llegaron a morir *de facto*; en unos términos y con una regulación muy similar (se tendrá ocasión de ver las diferencias más relevantes en el apartado siguiente) a la contenida en la LAE.

Y es que, en realidad, las dificultades que tuvieron las agencias estatales para imponerse como figuras centrales de la Administración pública no surgieron de una inadecuación o de una mala conceptualización de su régimen jurídico. Para PALOMAR OLMEDA (51), el gran reto «no es la conformación jurídica y organizativa [refiriéndose a la LAE y a la nueva regulación], (...) es conseguir una implementación efectiva [del modelo]». Acierta el profesor diciendo que no se puede pretender que un determinado modelo acabe prosperando si ni si quiera se hace lo mínimo para lograr una efectiva implantación del mismo. En sus palabras: «Es difícil fijar objetivos individuales donde no se habían fijado los de la entidad [refiriéndose a la responsabilidad de la dirección, uno de los que deberían haber sido los pilares fundamentales del modelo gerencial] y todo ello contribuyó a que las peculiaridades más características de la nueva figura no tuvieran la relevancia y pujanza que se esperaba». Si lo que son los elementos esencialísimos de una determinada reforma (en este caso, la normalización del contrato de gestión y la fijación de los objetivos-responsabilidad) no terminan de cuajar y los esfuerzos por impulsarla son vagos, entonces, la reforma nace con una vocación claudicante.

Para PALOMAR, existen dos elementos que van a ser clave en el resurgimiento de las agencias estatales: el impulso del contrato de gestión y el establecimiento de mecanismos de responsabilidad en la gestión. Como se estudió en el apartado II al exponer y analizar los contratos de gestión que efectivamente existieron, en estos no se contenían apenas menciones relativas a la responsabilidad y a la consecución de los objetivos (más allá de la pérdida de algún que otro complemento salarial), por lo que será en los próximos meses cuando tengamos la oportunidad de compararlos con los contratos de gestión que se aprueben.

(51) PALOMAR OLMEDA, A. «Capítulo 5. La reaparición de las agencias estatales: de nuevo en juego». En CAMPOS ACUÑA, M.C. *La gestión de los Fondos Next Generation*. Ed. Wolters Kluwer. Madrid, 2021, 1ª edición. Páginas 157 y siguientes.

Confía el profesor en que «la lección aprendida del pasado nos sitúe en un entorno de auténtica efectividad de la forma organizativa» (52) y, en la misma línea, opino que la regulación, que se va a ver enseguida, sigue teniendo potencial para operar una buena reforma en la Administración y para la gestión los servicios públicos, al margen del uso que se le pueda dar en el futuro. Como en todo, en definitiva.

VII. DIFERENCIAS ENTRE LA LEY DE 2006 Y LA REGULACIÓN ACTUAL DE LAS AGENCIAS ESTATALES

Es pertinente, en este punto, traer a colación las diferencias y similitudes entre ambas regulaciones al efecto de determinar la existencia de alguna innovación respecto de la Ley aprobada en 2006 o si, por el contrario, el nuevo régimen jurídico mantiene el núcleo duro de lo que fue la configuración, estructura, medios y funcionamiento de las agencias de entonces.

En cuanto a la técnica legislativa, se ha optado por incluir a estas Agencias Estatales como una nueva categoría dentro de la LRJSP de organismos públicos vinculados o dependientes de la Administración General del Estado, en convivencia con las demás entidades que forman el sector público institucional (53), en lugar de aprobar una Ley *ad hoc* que contenga una regulación propia y diferenciada. El motivo, en mi opinión, se debe a que en el año 2006 la voluntad declarada era la de reconducir todos los entes de la Administración Pública exclusivamente a la tipología de las agencias estatales. La exposición de motivos de la ley de agencias así lo atestigua: «la Agencia Estatal será el tipo de organismo público que, con carácter general, se cree por la Administración General del Estado (...) si bien, excepcionalmente, subsistirán los restantes tipos de organismos públicos». Los organismos autónomos y las entidades públicas empresariales quedarían (potencialmente) marginados por las agencias. Hoy, sin embargo, se regulan en igualdad de «estatus» y en armonía con el resto de los organismos públicos, como una opción más a tener en cuenta a la hora de organizar la Administración en lugar de como la opción preferente o por defecto.

En esta línea, se ha optado asimismo por fundir la regulación anterior en cinco artículos en una sección aparte, muy extensos y con una redacción en bloque que dificulta bastante su lectura. Quizá habría sido más conveniente una mejor sistematización de contenidos dentro de la propia sección dedicada a las agencias estatales. A modo de ejemplo, el artículo 108 *sexies*, relativo al régimen presupuestario, de contabilidad y control económico-financiero, ocupa

(52) CAMPOS ACUÑA, M.C. *La gestión de los Fondos...* Página 184.

(53) Las agencias estatales se regulan, en la actualidad, en los artículos 108 *bis* a 108 *sexies* de la LRJSP.

dos pp. enteras del BOE, fusionando tres aspectos diferentes que nada impediría regularlos en artículos separados para una mejor comprensión y relación.

Fijándonos ya en el contenido material, apenas se aprecian diferencias notables que nos permitan hablar de nueva y vieja regulación. Es prácticamente idéntica en lo que se refiere a régimen presupuestario, contable y de control; medios económico-financieros y restricciones al endeudamiento; régimen jurídico del contrato de gestión y régimen de personal salvo, en este último aspecto, por la aplicabilidad a su personal del Real Decreto 451/2012, de 5 de marzo, por el que se regula el régimen retributivo de los máximos responsables y directivos en el sector público empresarial y otras entidades, en virtud del artículo 2 del mismo y en virtud del artículo 108 *quater*. 10, párrafo sexto, de la LRJSP.

Anteriormente, los contratos del personal de alta dirección eran regulados por las normas generales del derecho privado, laboral y administrativo (54) y por el Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección, según se tratara de personal laboral o funcionario o de relaciones de carácter mercantil. En las agencias estatales, las retribuciones y eventualidades de este personal directivo se fijarían en el contrato de gestión. La crisis financiera, que golpeó de forma especialmente dura a nuestro país, trajo consigo la adopción de políticas de austeridad, políticas de las que, evidentemente, la Administración pública fue el principal objetivo. La elevada tasa de desempleo y estancamiento del mercado laboral español llevó a la aprobación del Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, en cuya Disposición Adicional 8.ª, se habilitaba al Gobierno para modificar las retribuciones e indemnizaciones del personal de alta dirección de la Administración «en función de la situación económica» con el objetivo de racionalizar el gasto y reducir el déficit público (55). Tal es así que, en poco menos de un mes de diferencia, se aprobó el ya aludido Real Decreto 451/2012, de 5 de marzo, por el que se regula el régimen retributivo de los máximos responsables y directivos en el sector público empresarial y otras entidades, vigente a fecha de hoy a pesar de la (supuesta) recuperación, y de plena aplicabilidad al personal directivo de las agencias estatales (56).

(54) Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público; entre otras muchas normas hoy derogadas y refundidas por el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público.

(55) Pretensiones formuladas en la exposición de motivos del Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral.

(56) Aplicable a las agencias estatales en virtud del artículo 2 del Real Decreto 451/2012, de 5 de marzo, por el que se regula el régimen retributivo de los máximos

Cabe destacar también el hecho de que, respecto a la LAE, no figure un procedimiento legal específico para la creación de las agencias estatales (un procedimiento reglado) y que no se requiera autorización o habilitación por Ley para constituir esta categoría de entidades. El artículo 108 *bis*.1 de la LRJSP dispone que: «las Agencias Estatales son entidades de derecho público [...] creadas por el Gobierno». Si tenemos en cuenta que el artículo que establece el régimen jurídico de las agencias estatales se remite a la propia LRJSP como norma por la que las agencias se rigen (57), encontramos una contradicción con lo que dispone su artículo 91.1 en sede de «disposiciones comunes», esto es: la Ley como instrumento necesario para la creación de los organismos públicos. Quizá podemos salvar esta contradicción recurriendo al principio de especialidad, entendiendo que el Gobierno tiene la posibilidad de crear las agencias estatales por Real Decreto sin perjuicio de que también puedan crearse en virtud de una Ley.

Esta salvedad que afecta a las agencias estatales puede suponer no pocas consecuencias a nivel político, más si tenemos en cuenta que la intención del ejecutivo parece ser la de servirse de la tipología especial de las agencias para gestionar los fondos europeos que se recibirán como ayuda comunitaria a causa de la pandemia del coronavirus (intenciones que se deducen del Real Decreto-Ley 36/2020, de 30 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la modernización de la Administración Pública y para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia). Es en el propio preámbulo en el que se menciona a las agencias junto con otros «instrumentos del siglo XXI» para la actuación de las AAPP, los conocidos como Proyectos Estratégicos para la Recuperación y Transformación Económica (PERTEs).

De idéntica manera piensa TERRÓN SANTOS (58) cuando dice que «estas entidades están llamadas a desempeñar un papel esencial en el despliegue del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia de la Economía española» refiriéndose a la recuperación de esta figura por parte del ejecutivo, dadas las características específicas de estos organismos: son unas entidades más que convenientes para la gestión de los fondos que puedan llegar en un futuro «escapando» de la rigidez de la legislación general aunque, eso sí, en este caso contaremos con el ojo supervisor de la Unión Europea (que no vacilará en tomar medidas si existen irregularidades o violaciones del derecho europeo,

responsables y directivos en el sector público empresarial y otras entidades; que determina el ámbito de aplicación remitiendo al artículo 2 de la Ley 27/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, en el que se clasifica el sector público estatal.

(57) Artículo 108 *ter*.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico de Sector Público: «Las agencias estatales se rigen por esta Ley».

(58) TERRÓN SANTOS, D. (2021). A vueltas con las agencias estatales. Un ente público para una crisis. *Revista española de Derecho Administrativo*, n° 216.

como se ha demostrado ya con la amenaza de suspensión de ciertas entregas de fondos a Estados miembros como Polonia o Hungría, con el aval del TJUE).

Otro punto que considero importante y que se ha omitido en la nueva regulación es, a diferencia de como se preveía la LAE, la posibilidad de que las CCAA ostenten una participación en las agencias y nombren miembros directivos dentro del Consejo Rector.

También llama la atención que la nueva regulación no contenga, como sí sucedía en la Ley de 2006 tal como expliqué más arriba, una regulación de la estructura y atribuciones de los órganos que conforman las agencias. Sí que se menciona como órgano prevalente al Consejo Rector, pero no se especifica ni quién lo forma ni qué atribuciones mínimas ostenta. Tampoco se especifica a quién corresponde elaborar las cuentas anuales, los informes de actividad y lo que la Ley llama «plan de acción». La eliminación de ciertos trámites beneficia siempre a la operatividad de la agencia. El hecho de que no se dibuje un esquema organizativo desde la LRJSP como ocurría en la LAE permitirá a las agencias configurarlo bajo su criterio y, también, bajo su responsabilidad.

Hay que tener en cuenta, por otro lado, que flexibilizar la regulación, aumentar el grado de autonomía y eliminar procedimientos o trámites es un arma de doble filo. Los beneficios en operatividad, gestión y capacidad de reacción pueden tomarse como medios para la opacidad y la impunidad de una mala praxis en la gestión del organismo. A veces está bien tener definidos y bien localizados a los órganos directivos (hasta los intermedios) en una disposición con rango de Ley.

En definitiva, el legislador se ha limitado a recuperar las agencias estatales tal y como fueron concebidas entonces, con la salvedad relevante de no ser necesaria autorización por Ley para su creación. Como se ha visto en el apartado anterior, el cómo estaban reguladas las agencias en la LAE no fue un lastre para su proliferación. Es por eso que, recuperarlas en términos tan semejantes, tampoco me parece una mala decisión.

VIII. CONCLUSIONES

1. Los conocidos como «trasplantes jurídicos» no siempre funcionan. El hecho de que una determinada institución jurídica funcione con éxito en países, en teoría, «parecidos», no garantiza que dicha institución vaya a asimilarse y se le sepa sacar partido en el país importador. Hoy en día, en la sociedad globalizada, la tendencia a «copiar», no ya solamente instituciones jurídicas, sino toda clase de instituciones sociales o políticas, es mayor y se incrementa con el tiempo, cayendo en el error de analizar aisladamente las normas o sistemas que se

pretenden importar sin tener en cuenta el contexto social, cultural e histórico de sociedades que juegan con otros estándares diferentes, por muy parecidas que puedan ser a la nuestra (aunque comúnmente se utilice el término de «sociedad occidental» para referirse a sociedades que comparten una filosofía y sistema de valores más o menos homogéneos, estas sociedades pueden ser muy diferentes entre ellas y, de hecho, lo son).

2. Es importante marcar unos objetivos realistas a la hora de hacer política legislativa, más cuando las reformas proponen no solo grandes cambios de nivel técnico, como ha ocurrido con la intención de digitalizar la Administración y las relaciones de los ciudadanos con la misma, sino también de «cultura», como sucedió en este caso con las agencias estatales.
3. La irrupción de la crisis financiera puede explicar en gran medida el fracaso del modelo de agencias estatales, pero no hay que olvidar que transcurrieron 5 años desde la aprobación de la LAE hasta la llegada de las políticas de austeridad. Es decir, que la falta de voluntad política o, simplemente, el no saber cómo poner en marcha de forma efectiva las previsiones de la LAE, también son factores clave que explican su fracaso. Estrechamente relacionado con lo dicho en la primera y en la segunda conclusión, no se puede pretender que una propuesta de cambio radical en la gestión de los servicios públicos pueda funcionar sin, en un primer momento, favorecer el clima o contexto adecuado dentro del «sistema» que permita adaptarse a ese cambio. No se pueden esperar resultados diferentes si se siguen aplicando las mismas dinámicas. De ser así, las reformas quedan en poco más que cosmética o «lavados de cara».
4. La forma en que se articule el contenido de los contratos de gestión para las agencias ya existentes y para las nuevas (de momento se habla de una agencia espacial española, veremos si se constituye como agencia o como entidad singular) será determinante para ver si seguimos en la misma línea que hace 15 años o si, por el contrario, vamos a encontrar innovaciones que hagan de las agencias estatales un organismo público atractivo. Recientemente se ha propuesto, con ocasión del Anteproyecto de Ley de Empleo, la transformación del SEPE en Agencia Estatal de Empleo (o «infojobs estatal», en palabras de la ministra de trabajo) que pretende dar un giro de 180 grados al actual SEPE para agilizar la prestación de los servicios pero que, a la vista de lo que se nos ha ido avanzando a los ciudadanos, no supone, de momento, un cambio relevante en la forma de gestión de los servicios públicos respecto de cómo se venía haciendo hasta ahora.

5. En la LAE se abría la posibilidad a que las CCAA participaran en las agencias estatales, cuestión que ha sido omitida en la nueva regulación. Por lo tanto, para la gestión de los fondos europeos a través de las agencias estatales (si se da el caso), estas no van a tener poder decisorio a menos que se prevea esta cuestión expresamente en otra norma o para Agencias concretas (como en el ya citado proyecto de Agencia de Empleo, en la que sí se prevé la participación de las CCAA) y, para los fondos que sean de gestión directa por parte de las propias CCAA, no van a disponer de la figura organizativa de las agencias a menos que una Ley autonómica las prevea. Galicia, por ejemplo, sí podría servirse de este tipo de entidades.
6. Considero, con cierto escepticismo, eso sí; que es posible volver a intentar la generalización de las agencias estatales como ente «tipo» dentro de la Administración pública, aunque, esta vez, no existe una velada intención de ello como sí ocurría en 2006, lo cual, me parece prudente y acertado. En los tiempos que corren considero que es necesaria una recuperación de la confianza por parte de la ciudadanía en «lo público» y creo que la implantación de un modelo de prestación de servicios para todos que se perciba independiente y efectivamente funcione al margen de la disputa política puede ser quizá un paso. Y en el plano estrictamente de la ejecución del presupuesto público, sería desde luego reto.

IX. AGENCIAS ESTATALES

Agencia	Ley	Estatuto	Supresión / Conversión
Agencia Estatal de Evaluación de las Políticas Públicas y la Calidad de los Servicios	Ley 28/2006, de 18 de julio	RD 1418/2006, de 1 de diciembre	Suprimida por RD 769/2017, de 28 de Julio
Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado	Ley 28/2006, de 18 de julio	RD 1495/2007, de 12 de noviembre	En vigor
Agencia Estatal Consejo Superior de Investigaciones Científicas	Ley 28/2006, de 18 de julio	RD 1730/2007, de 21 de diciembre	En vigor
Agencia Estatal Antidopaje (Hoy, Agencia Española de Protección de la Salud en el Deporte)	Ley 28/2006, de 18 de julio	RD 185/2008, de 8 de febrero	Reconvertida en otra Agencia por RD 461/2015, de 5 de junio
Agencia Estatal de Inmigración y Emigración	Ley 28/2006, de 18 de julio	No se llegó a aprobar	Agencia <i>non nata</i>
Agencia Estatal de Seguridad Aérea	Ley 28/2006, de 18 de julio	RD 184/2008, de 8 de febrero	En vigor

Agencia Estatal de Seguridad Ferroviaria	Ley 28/2006, de 18 de julio	RD 1072/2014, de 19 de diciembre	En vigor
Agencia Estatal de Artes Escénicas y Musicales	Ley 28/2006, de 18 de julio	No se llegó a aprobar	Agencia no nata
Agencia Estatal de Meteorología	Ley 28/2006, de 18 de julio	RD 186/2008, de 8 de febrero	En vigor
Agencia Estatal de Cooperación Internacional para el Desarrollo	Ley 28/2006, de 18 de julio	RD 1403/2007, de 26 de octubre	En vigor
Agencia Estatal de Investigación en Biomedicina y Ciencias de la Salud Carlos III	Ley 28/2006, de 18 de julio	No se llegó a aprobar	Permanece como Organismo Público
Agencia Estatal de Evaluación, Financiación y Prospectiva de la Investigación Científica y Técnica	Ley 28/2006, de 18 de julio	No se llegó a aprobar	Agencia no nata
Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios	Ley 66/1997, de 30 de diciembre; como Organismo Autónomo	RD 1275/2011, de 16 de septiembre; adopta la naturaleza de Agencia Estatal	En vigor
Agencia Estatal de Investigación	Ley 14/2011, de 1 de junio	RD 1067/2015, de 27 de noviembre	En vigor

Fuente: elaboración propia a partir de la LAE y del INVENTE.

X. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ÁLVAREZ CARREÑO, S. M. (2009): El proceso de institucionalización de las agencias estatales para la mejora de los servicios públicos en España. *Revista VIA IURIS*.
- BOTO ÁLVAREZ, A. (2015): La agencia com (Molina, 1995) o forma organizativa de optimización de servicios públicos. Pasado, presente y futuro de una España en crisis. *Revista Digital de Derecho Administrativo*.
- CAMPOS ACUÑA, M. C. (2017): Desaparece AEVAL ¿Por qué no interesa la evaluación de las políticas públicas? *concepcióncampos.org*.
- (2021): *La gestión de los Fondos Next Generation*. Madrid: Wolters Kluwer.
- CARABALLO ESTEBAN, T. A., y ZUBIAUR ETCHEVERRY, G. (2007): Agencias: instrumento básico del sistema de gestión pública. Síntesis del modelo y lecciones de la experiencia internacional. *Auditoría Pública*.
- COMISIÓN PARA LA REFORMA DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS (2013): *Reforma de las Administraciones Públicas*.
- CONSEJO DE ESTADO (2015): *Dictamen sobre el Anteproyecto de Ley de Régimen Jurídico del Sector Público*.

- COSCULLUELA MONTANER, L. (2006): Las Agencias Estatales. *Revista Española de Control Externo*.
- (2006): *Manual de Derecho Administrativo*. Civitas.
- FERNÁNDEZ DE LABASTIDA, J. M. (2006): 20 años de la Ley de Ciencia. *Revista madri+d. Monografía especial diciembre 2006*.
- HADDON, C. (2012): Reforming the civil service. The efficiency unit in the early 1980s and the 1987 Next Steps Report. *Institute for Government*.
- JENKINS, K., CAINES, K., y JACKSON, A. (1987): *Improving management in government: the next steps. Report to the Prime Minister*.
- LANE, J.-E. (2000): *New public management*. Routledge.
- LIMB, A. (2001): *What lessons can we learn from the UK's next steps agencies model?*
- MOLANDER, P., NILSSON, J.-E., y SCHICK, A. (2002): *Does anyone govern? The relationship between the Government Office and the agencies in Sweden*.
- MONTOYA MARTÍN, E. (2012): Reflexiones sobre el sector instrumental en un contexto de crisis económica: la inaplazable hora de la racionalización. *Estructuras administrativas y racionalización del gasto*, VII Congreso AEPDA. Tarragona.
- MORENO MOLINA, A.M (1995): *La administración por agencias en los Estados Unidos de Norteamérica*. Coedición de la Universidad Carlos III de Madrid y el Boletín Oficial del Estado.
- ÖBERG, S. A., & WOCKELBERG, H. (2020): Agency control or autonomy? Government steering of Swedish government agencies 2003-2017. *International Public Management Journal*.
- PANCHAMIA, N., & THOMAS, P. (s.f.): The Next Steps initiative. *Institute for Government*.
- PELÁEZ RODRÍGUEZ, E (2011): Crisis financiera y crisis económica. *Cuadernos de formación, colaboración 8/11*, volumen 12/2011, Agencia Estatal de Administración Tributaria.
- PÉREZ GÁLVEZ, J. F. (2007): *Las agencias estatales para la mejora de los servicios públicos*. Granada: Comares.
- SERRANO SANZ, J. M. (2011): *De la crisis económica en España y sus remedios*. Zaragoza: Prensas Universitarias de Zaragoza.
- TERRÓN SANTOS, D. (2021): A vueltas con las agencias estatales. Un ente público para una crisis. *Revista española de Derecho Administrativo*.
- TORRERO MAÑAS, A (2010): *La crisis financiera y sus efectos sobre la economía española*. IAES, Serie Documentos de trabajo, 13/2010.

CRÓNICAS

EL INICIO DE LA RECUPERACIÓN ECONÓMICA Y LAS PREVISIONES PRESUPUESTARIAS DE ARAGÓN PARA 2022^(*)

JOAQUÍN ÁLVAREZ MARTÍNEZ
Catedrático de Derecho financiero y tributario
Universidad de Zaragoza

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.– II. ESTRUCTURA Y CONTENIDO DE LA LEY DE PRESUPUESTOS DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ARAGÓN PARA EL EJERCICIO 2022: 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 2022. Con este fin se examina, en primer lugar, la parte correspondiente a los estados financieros de dicha norma legal (relativos a los gastos y a los ingresos) y, en segundo término, su articulado o parte dispositiva. Asimismo, se efectúa una mención a las principales novedades que presenta la referida ley respecto de los presupuestos aprobados en el ejercicio 2021.

Palabras clave: Ley de presupuestos 2022; Comunidad Autónoma de Aragón.

ABSTRACT: This paper deals with the contents of the Community of Aragón Budget Act for the year 2022. 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 2021 Budget.

Key words: 2022 Budget Act; Community of Aragón.

I. INTRODUCCIÓN

Como se ha puesto de manifiesto de modo reiterado en anteriores comentarios de la Ley de presupuestos de nuestra Comunidad Autónoma, la aprobación anual de aquella por parte de las diversas Comunidades Autónomas constituye una de las más importantes —si no, la más— manifestaciones legislativas de las mismas (1), dado que, como bien ha venido a resaltar nuestro Tribunal

(*) Trabajo recibido en esta REVISTA con fecha 09/02/2022 y evaluado favorablemente para su publicación el 08/03/2022.

(1) A este respecto, pueden consultarse los comentarios a los presupuestos para los ejercicios 2020 y 2021, realizados, respectivamente, por CARRERAS MANERO, O. y DE MIGUEL ARIAS, S., en los números 55 y 56 de la presente REVISTA.

Constitucional, el presupuesto constituye un elemento esencial de cualquier organización política y una institución característica del sistema democrático (2).

Es más, como ha venido a señalar asimismo el referido Tribunal (3), la Ley de Presupuestos constituye uno de los aspectos fundamentales en que se proyecta, de manera directa, el contenido básico de la *autonomía financiera* de las Comunidades Autónomas que aparece constitucionalmente reconocida, y, junto a lo anterior, la misma supone el instrumento esencial para la ordenación económica y la dirección de la actividad financiera autonómica durante el respectivo periodo anual.

Siendo esto así, el presente trabajo tiene por objeto examinar el contenido de los presupuestos de la Comunidad Autónoma de Aragón para el año 2022 —los cuales han sido objeto de aprobación por la Ley 9/2021, de 30 de diciembre (4)—, llevando a término, al hilo de lo anterior, el correspondiente estudio comparativo respecto de los presupuestos del ejercicio precedente (2021).

II. ESTRUCTURA Y CONTENIDO DE LA LEY DE PRESUPUESTOS DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ARAGÓN PARA EL EJERCICIO 2022

A este respecto, la primera idea que debe señalarse es que los presupuestos objeto del presente comentario mantienen la estructura que viene siendo clásica desde el año 1983, la cual es, por otra parte, idéntica a los de otras entidades territoriales —como el Estado o las Entidades locales—. En esta línea, cabe distinguir, en su seno, el siguiente contenido: de una parte, el referente a los *estados financieros* —entre los que se incluyen las partidas relativas a los gastos (obligaciones a reconocer) y a los ingresos (derechos a liquidar y operaciones de endeudamiento)— y, de otra, el relativo a la *parte dispositiva o articulado*.

Siendo esto así, a lo largo de los siguientes epígrafes se procederá al análisis de la Ley de presupuestos para el año 2022, analizando tanto los estados financieros de gastos e ingresos como, ya en un instante posterior, las previsiones contenidas en el articulado o parte dispositiva del citado texto legal.

(2) Sentencia del Tribunal Constitucional de 18 de abril de 1994, entre muchas otras.

(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. 265, de 31 de diciembre.

1. Los estados financieros

A) El estado de gastos

Los créditos de gasto iniciales de los presupuestos de la Comunidad Autónoma de Aragón del ejercicio 2022 ascienden a un importe de 7.454.031 miles de euros, cifra esta que, en comparación con los presupuestos del año anterior (7.443.845 miles), determina un incremento absoluto de 10.185 miles, lo que, traducido a términos porcentuales, supone un mínimo aumento del 0,14% respecto de lo fijado, en este punto, para el ejercicio 2021.

A estos efectos, y de conformidad con lo establecido en el artículo 35 del texto refundido de la Ley de Hacienda de la Comunidad Autónoma de Aragón, los créditos incluidos en el estado de gastos se agrupan atendiendo a las clasificaciones orgánica, económica y funcional, lo cual permite poner de relieve, desde una perspectiva presupuestaria, qué órgano realiza un gasto específico (clasificación orgánica), la naturaleza de cada gasto —en qué se gasta— (clasificación económica) y la específica actividad a la que se destina el gasto —para qué se gasta— (clasificación funcional y por programas).

Atendiendo a lo anterior, y al igual que se ha venido haciendo en ejercicios precedentes, el examen del estado de gastos del presupuesto para el año 2022 se desarrollará atendiendo a las clasificaciones orgánica y económica (5), y ello con el fin de concretar los diversos entes que han de realizar el correspondiente gasto y la específica naturaleza de este último.

Procediendo en el sentido indicado, y comenzando el análisis en cuestión con la *clasificación orgánica*, puede afirmarse que en el ejercicio 2022 tiene lugar un incremento de los créditos para gasto en la inmensa mayoría de los Departamentos o Secciones que vienen a integrar el presupuesto.

En esta línea, ve reducida su dotación el Departamento de Sanidad, el cual experimenta una minoración de 85.808 miles de euros respecto del ejercicio precedente, lo que representa, a su vez, un descenso relativo del 3,6%. Junto a ello, también se ven reducidos los importes correspondientes al Tribunal Administrativo y de Contratos Públicos (3 miles menos), a las Administraciones Comarcales (1.100 miles menos) y a Diversos Departamentos (117.036 miles menos), lo que, desde la perspectiva porcentual, suponen, respectivamente, sendos decrementos del 1,2%, 1,6% y 6,8%.

En cuanto a los créditos para gasto que han visto incrementados sus importes en términos cuantitativos, deben destacarse los concernientes a los Departamentos de Agricultura, Ganadería y Medio Ambiente (47.591 miles de euros más, que comportan un aumento del 5,9% en relación con el Presupuesto

(5) Estas clasificaciones aparecen recogidas en el correspondiente Anexo de la Ley de presupuestos objeto del presente comentario.

del año 2021), Industria y Competitividad (44.491 miles más -70%-) y Educación, Cultura y Deporte (41.236 miles más -3,7%-).

Por su parte, resulta asimismo destacable el incremento de los gastos destinados a los Departamentos de Ciencia, Universidad y Sociedad del Conocimiento (23.580 miles de euros más -8,4%-), Vertebración del territorio, Movilidad y Vivienda (19.286 miles más -12,9 %-), Economía, Planificación y Empleo (8.728 miles más -6%-), Presidencia y Relaciones institucionales (3.837 miles más -1,5%-) y Ciudadanía y Derechos sociales (3.545 miles más -0,8%-).

Por lo demás, el incremento al que hemos aludido con anterioridad se aprecia también en los capítulos dedicados a las Cortes de Aragón (602 miles de euros más, lo cual supone, en términos relativos, un montante un 2,3% superior al del ejercicio anterior), las Cortes de Aragón (725 miles más -3,1%-), Vicepresidencia del Gobierno (556 miles más -20,4%-), Hacienda y Administración pública (286 miles más -0,6%-), Consejo Económico y Social (13 miles más -2,6%), Presidencia del Gobierno de Aragón (11 miles más -0,4%-) y, por último, el relativo al Consejo Consultivo de Aragón (1 mil más -0,26%-).

Procediendo ya al análisis de la clasificación orgánica en lo referente al volumen del crédito de las diversas Secciones y Departamentos que conforman la misma, es el Departamento de Sanidad el que, como viene siendo tradicional, presenta una mayor importancia cuantitativa, pues el montante global del mismo asciende a 2.242.906 miles de euros, lo que supone un 30% del gasto presupuestado.

A dicho Departamento le siguen, aunque ya con una cantidad aproximada a la mitad del crédito previsto en el ámbito de la Sanidad, el destinado a la Sección referida a Diversos Departamentos (1.612.718 miles), así como a los Departamentos de Educación, Cultura y Deporte (1.140.505 miles) y Agricultura, Ganadería y Medio Ambiente (862.679 miles), cifras que, en su conjunto, suponen, de manera aproximada, el 48,6% de la cuantía total del presupuesto.

A continuación, y con una importancia media desde la perspectiva cuantitativa, se ubican los Departamentos de Ciudadanía y Derechos Sociales (446.904 miles), Ciencia, Universidad y Sociedad del Conocimiento (302.488 miles), Presidencia y Relaciones institucionales (262.387 miles), Vertebración del Territorio, Movilidad y Vivienda (168.185 miles), Economía, Planificación y Empleo (149.640 miles), Industria y Competitividad (107.917), Administraciones comarcales (63.311 miles) y Hacienda y Administración pública (47.709 miles), cantidades todas ellas que vienen a representar, en global, el 21,6% del monto total del presupuesto.

Por último, las Secciones que presentan una menor dotación en el conjunto del presupuesto del año en curso son, al igual que en años precedentes, las

relativas a las Cortes de Aragón (27.014 miles), Vicepresidencia del Gobierno (556 miles), Presidencia del Gobierno (2.521 miles), Consejo Económico y Social de Aragón (509 miles), Consejo Consultivo de Aragón (385 miles), así como al Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón (234 miles).

De la manera que ha quedado expuesta se desglosan, desde la perspectiva de la clasificación orgánica, los 7.454.031 miles de euros previstos en el estado de gastos de la Ley de presupuestos de la Comunidad Autónoma de Aragón para el año 2022, destinándose dicha cantidad al cumplimiento de las distintas obligaciones económicas de los Departamentos y órganos de nuestra Comunidad.

Continuando con la exposición del estado de gastos de los presupuestos objeto de análisis, pero ya en lo que concierne a la *clasificación económica*, los créditos para gastos vienen agrupándose, de conformidad con su clasificación tradicional, en los dos apartados siguientes: operaciones corrientes (capítulos I a IV) y operaciones de capital y financieras (capítulos V a IX). A estos efectos, cabe destacar que en el ejercicio 2022 los créditos atribuidos para las primeras operaciones citadas (5.219.332 miles) superan ampliamente el importe total de los destinados a las segundas (2.224.512 miles) (6).

Más en concreto, y en lo relativo a los diferentes capítulos que integran esta clasificación, resulta destacable la circunstancia de que, si bien la mayoría de los ellos aumentan su importe en relación con lo previsto en el presupuesto del ejercicio 2021, en otros casos se produce una minoración de los créditos correspondientes.

En este sentido, el capítulo que de forma más importante ve aumentado sus créditos, desde un punto de vista cuantitativo, es el relativo a transferencias de capital (334.248 miles más), comportando dicha cantidad un elevado incremento porcentual (32%). Junto a ello, también experimentan un ascenso notable los capítulos referentes pasivos financieros (87.383 miles más), inversiones reales (63.919 miles más), gastos de personal (44.701 miles más) y transferencias corrientes (13.522 miles más), lo que, respectivamente, determinan, respectivamente, sendos incrementos relativos del 6,8%, 14,6%, 1,8% y 0,8%.

En sentido inverso al anterior, se produce una disminución de los importes en los capítulos referentes a bienes corrientes y servicios (152.391 miles menos) y gastos financieros (15.229 miles menos), así como el dedicado al Fondo de contingencia de ejecución presupuestaria (30.398 miles menos) (7), cifras

(6) En esta línea, cabe advertir que los presupuestos para el ejercicio 2021 destinaban a las operaciones corrientes unos créditos totales de 5.404.201 miles, elevándose los créditos relativos a las operaciones de capital y financieras a 2.018.940 miles.

(7) El deber de consignar la dotación denominada Fondo de contingencia en los presupuestos de las Comunidades Autónomas aparece recogido en el artículo 31 de la Ley

que conllevan un descenso relativo del 14%, 8,8% y 1,6%, respectivamente, respecto del ejercicio presupuestario 2021.

Por último, debe señalarse que el capítulo destinado a los activos financieros viene a mantener una dotación idéntica a la ya prevista en el presupuesto del ejercicio precedente (2.250 miles), no experimentando, en consecuencia, modificación alguna.

Por su parte, y ya desde otra perspectiva, cabe indicar que los capítulos que ostentan un mayor importe en sus dotaciones desde el punto de vista de la clasificación económica de gastos —representando, en su conjunto, el 87% de estos últimos— son los referidos a gastos de personal (2.505.419 miles), transferencias corrientes (1.693.183 miles), pasivos financieros (1.361.801 miles) y bienes corrientes y servicios (911.558 miles).

Junto a los anteriores, y ya con una importancia cuantitativa netamente inferior a los recogidos en el párrafo precedente, se encuentran los capítulos concernientes a transferencias de capital (404.674 miles), inversiones reales (371.958 miles), gastos financieros (157.600 miles), Fondo de Contingencia de Ejecución Presupuestaria (30.398 miles) y activos financieros (2.250 miles).

B) El estado de ingresos

Una vez llevado a término el examen de los créditos recogidos en el estado de gastos del presupuesto de la Comunidad Autónoma de Aragón para 2022, debemos proceder a especificar, a continuación, las diversas fuentes de financiación de aquellos, lo cual exige analizar, de modo detallado, el estado de ingresos.

En este sentido, el estado de ingresos para el citado ejercicio asciende a la cantidad de 7.454.031 miles de euros, cifra que coincide con la incluida en el estado de gastos, cumpliéndose así la exigencia de presentar unos presupuestos formalmente equilibrados (8).

Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, precepto éste 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».

(8) A este respecto, la exigencia de que el presupuesto de la Comunidad Autónoma de Aragón 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.

A estos efectos, el estado de ingresos aparece estructurado atendiendo a una *clasificación económica*, pudiendo distinguirse entre los ingresos corrientes (capítulos I a V) y los ingresos de capital y financieros (capítulos VI a IX). En concreto, en los presupuestos para 2022 los ingresos indicados en primer lugar se elevan a 5.276.592 miles de euros, cantidad que casi viene a duplicar ampliamente el importe de los segundos, los cuales ascienden a 2.224.512 miles.

Iniciando nuestro análisis por los *ingresos corrientes*, cabe señalar que los mismos han experimentado un aumento global en todos sus capítulos en relación con el presupuesto de 2021, si bien con las excepciones de los capítulos dedicados a los impuestos indirectos, el cual ve reducido su volumen en 135.932 euros y el relativo a los ingresos patrimoniales (352 miles menos), cifras que suponen sendos decrementos del 7% y del 3%, respectivamente, en relación respecto al ejercicio precedente.

Por su parte, y en relación a los referidos incrementos, resulta destacable el experimentado en el capítulos de impuestos directos (56.554 miles de euros más —3,4%, en términos porcentuales—), al cual siguen, atendiendo al monto global de los ingresos, los capítulos de transferencias corrientes (47.271 miles de euros más —0,80%—) y tasas y otros ingresos (10.055 miles más —11,3%—).

Por otro lado, y en lo relativo a los *ingresos de capital y financieros*, se aprecia asimismo un incremento en los capítulos referentes a los pasivos financieros —el cual experimenta un ascenso de 28.432 miles de euros, lo que representa un 1,5% más respecto de lo previsto en el presupuesto del ejercicio 2021— y transferencias de capital (19.037 miles de euros —un 5% más—). Frente a ello, el capítulo destinado a los activos financieros ve disminuido su importe en 395 miles de euros, lo que supone un decremento, en términos porcentuales, del 2,8% respecto del ejercicio precedente.

Junto a lo anterior, el único capítulo que no experimenta ninguna modificación en lo relativo a la cuantía de sus créditos es el correspondiente a enajenación de inversiones reales, respecto del cual, y al igual que sucedía en el ejercicio 2021, la Ley de presupuestos objeto de comentario no recoge previsión ni cantidad algunas.

Por lo demás, debe señalarse que, como viene sucediendo en años precedentes, el conjunto de los gastos a que ha de hacer frente la Comunidad Autónoma de Aragón son financiados, en lo fundamental, a través de las siguientes *fuentes*: impuestos indirectos (1.810.086 miles de euros), pasivos financieros (1.806.298 miles), impuestos directos (1.706.362 miles) y transferencias corrientes (1.592.579 miles).

A su vez, y ya con una importancia media desde la perspectiva de su cuantía, se encuentran los capítulos relativos a las transferencias de capital

(con un importe de 404.375 miles de euros) y a las tasas y otros ingresos (98.629 miles).

Por último, los capítulos que presentan un menor importe, desde la perspectiva estrictamente cuantitativa, son los referentes a activos financieros (13.838 miles), ingresos patrimoniales (11.675 miles de euros) y enajenación de inversiones reales (0), los cuales apenas representan el 0,35% de los ingresos inicialmente previstos en el presente ejercicio.

Una vez concluido el examen de los estados financieros recogidos en la Ley de presupuestos de la Comunidad Autónoma de Aragón para el año 2022, y desglosados los mismos en la forma en que ha quedado expuesta en las páginas precedentes, resulta preciso abordar el análisis de las previsiones recogidas en su articulado, y ello al objeto de comprender el contenido, significado y efectos de los referidos presupuestos, pues no en vano hablamos de una ley, de una auténtica —y esencial— norma jurídica, cuyos preceptos determinan el destino y límites de los créditos incluidos en el estado de gastos, legitiman la obtención de determinados ingresos (operaciones de crédito y endeudamiento) y regulan, asimismo, 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 2022 se encuentra integrada por 63 artículos —distribuidos en 8 títulos—, 40 disposiciones adicionales, 4 disposiciones transitorias y 3 disposiciones finales, siendo el contenido de dichas disposiciones, en lo que al presente comentario respecta, muy similar al de ejercicios precedentes.

A este respecto, el *título primero* de la Ley de presupuestos —que lleva por rúbrica «De la aprobación y contenido de los presupuestos» (artículos 1 y 2)— procede a dar cabida al contenido global de dicha norma, al recoger el conjunto de los ingresos y gastos del sector público de la Comunidad Autónoma de Aragón para el año 2022, así como otros aspectos relativos a su cuantificación.

En este sentido, y tras hacer mención el artículo 1 de dicha ley al importe al que asciende el presupuesto consolidado de la referida Comunidad Autónoma, el artículo 2 de la misma recoge, a modo informativo, el importe estimativo de los beneficios fiscales correspondientes a los impuestos cedidos, regulados y gestionados por la Comunidad Autónoma —que se eleva a 242.137 miles de euros— y los beneficios fiscales derivados de las medidas normativas de competencia del Estado —que ascienden a 1.063.000 miles de euros—, dando cumplimiento así en los artículos 21.1 de la Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de Financiación de las Comunidades Autónomas (en adelante,

L.O.F.C.A.) (9) y 111.2 del Estatuto de Autonomía de Aragón (10). Por su parte, el apartado tercero del último precepto citado se ocupa de la actualización del importe de las tasas exigidas en el ámbito de nuestra Comunidad Autónoma (11), las cuales no experimentan incremento alguno en el presente ejercicio presupuestario.

En lo relativo al *título segundo* de la ley objeto de examen, «De los créditos y sus modificaciones» (artículos 3 a 11)—, el mismo procede a concretar tanto el régimen aplicable a los créditos contenidos en los estados financieros de gastos como las posibles modificaciones que pueden llegar a producirse en su seno durante el ejercicio.

Así, el artículo 3 del citado texto legal viene a disponer el carácter *limitativo y vinculante* de los créditos autorizados en las clasificaciones orgánica y funcional por programas. Junto a ello, el apartado segundo del citado precepto complementa dicha previsión en lo atinente a la clasificación económica, haciendo alusión a la vinculación que, a nivel de artículo, capítulo o, en su caso, concepto, resulta aplicable a cada uno de los capítulos que conforman dicha clasificación.

Junto a lo anterior, el artículo 4 de la Ley de presupuestos para 2022 se ocupa de establecer los criterios de imputación temporal de los gastos, indicando en un primer instante, como viene siendo habitual, que con cargo a los créditos correspondientes solo podrán contraerse obligaciones derivadas de adquisiciones, obras, servicios y demás prestaciones o gastos en general que se realicen en el año natural correspondiente al ejercicio presupuestario, si bien se admite la imputación de los créditos del presupuesto vigente a las órdenes de pago derivadas de compromisos de gastos debidamente adquiridos en ejercicios precedentes.

Por su parte, el artículo 5 de la referida ley hace mención, de conformidad con la autorización recogida en el artículo 40 del texto refundido de la

(9) 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».

(10) De conformidad 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».

(11) A estos efectos, cabe recordar que el artículo 8.2 de la Ley 5/2006, de 22 de junio, de Tasas y Precios Públicos de la Comunidad Autónoma de Aragón, dispone que «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».

Ley de Hacienda de la Comunidad Autónoma de Aragón, a aquellos créditos que tienen la condición de ampliables (12). En relación a este punto, y dada la posibilidad de que dicha ampliación pueda llegar a producirse, se prevé que la financiación de los citados créditos deberá realizarse mediante la baja en otros créditos para gastos y, de forma excepcional, a través de mayores ingresos o con remanentes de tesorería siempre que sea posible en función del grado de cumplimiento de los objetivos de estabilidad presupuestaria.

Por otro lado, y en lo concerniente a las denominadas transferencias de crédito, el artículo 6 de la Ley de presupuestos supeditada la autorización de las mismas a la evolución de los recursos y al adecuado cumplimiento de los objetivos de estabilidad presupuestaria (13), otorgándose al Consejero de Hacienda y Administración Pública la facultad de acordar la realización de las retenciones y transferencias de crédito recogidas en dicho precepto.

Asimismo, y junto a las disposiciones precedentes, el artículo 8 del texto legal analizado prevé que la autorización contenida en el artículo 44.2 del texto refundido de la Ley de Hacienda de la Comunidad Autónoma de Aragón —en cuya virtud se permite la posibilidad de que se incorporen a los presupuestos del año 2022 los remanentes de créditos procedentes del ejercicio 2021— se aplicará 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.

Las previsiones precedentes se completan, por lo demás, con lo dispuesto en el artículo 8 de la ley comentada en el presente estudio, de conformidad con el cual las transferencias, generaciones, ampliaciones de crédito e incorporaciones de remanentes, realizadas de acuerdo con la normativa vigente, habilitarán la apertura de las aplicaciones precisas en la estructura presu-

(12) Así ocurre, a título de ejemplo, con los créditos derivados de transferencias de competencias de la Administración General del Estado o de otras Administraciones Públicas que se efectúen este ejercicio, con los dirigidos al pago de intereses y demás gastos derivados de operaciones de endeudamiento o con los destinados al pago de las obligaciones derivadas de insolvencias por operaciones avaladas por el Gobierno de Aragón.

(13) Como es sabido, el principio de estabilidad presupuestaria aparece recogido en el artículo 135.1 del Texto Constitucional. Junto a ello, dicho principio aparece contemplado en el artículo 21.1 de la L.O.F.C.A. y en el artículo 3.2 de la Ley Orgánica de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, precepto este 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».

puentaria, atendiendo, a tales efectos, a la naturaleza del concreto gasto que haya de realizarse.

Por su parte, el artículo 10 de la Ley de presupuestos contempla la posibilidad de que, a través de un acuerdo del Gobierno de Aragón y a propuesta del Consejero de Hacienda y Administración pública, pueda procederse a llevar a cabo retenciones de crédito y ajustes en los estados de gastos e ingresos. A ello se une la posibilidad de que el referido Consejero realice los ajustes necesarios en el presupuesto de ingresos con el fin de mantener el equilibrio presupuestario de las fuentes de financiación (14), así como 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.

Como puede observarse de lo señalado en los párrafos precedentes, las posibles modificaciones que pueden llevarse a cabo en el ámbito de los créditos presupuestarios confieren tanto al Gobierno autonómico, como al Consejero competente en materia de Hacienda, importantes facultades en lo que atañe a la gestión de aquellos, y ello hasta el punto de que son dichos órganos quienes determinarán, en numerosas situaciones, la cuantía y el destino definitivos de los gastos públicos.

Atendiendo a lo anterior, no es extraño que el título arriba mencionado se cierre estableciendo diversas cautelas en lo relativo a la modificación de créditos, al exigir, tanto que la autorización de las modificaciones presupuestarias estará sujeta a la evolución de los recursos que financian el presupuesto, como que aquella 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 aquella, puedan llegar a producirse en la ejecución de los programas de gasto y en la consecución de los correspondientes objetivos (art. 11 Ley de presupuestos).

Continuando con el análisis de la ley objeto de examen, el *título tercero* de la misma, bajo la rúbrica «De la Gestión del Presupuesto» (artículos 12 a 17), recoge un conjunto de disposiciones cuya finalidad no es otra que el de evitar la aparición de desfases presupuestarios derivados de la adopción de ciertas decisiones, incluidas las que conllevan repercusiones en el gasto de ejercicios futuros.

En este sentido, el artículo 13 de la referida ley exige que cualquier proyecto normativo cuya aplicación pueda comportar un incremento del gasto en

(14) Véase la nota precedente.

el ejercicio 2022, o en cualquier otro posterior, habrá de incluir una memoria económica que ponga de relieve las eventuales repercusiones presupuestarias de su ejecución, la forma en que serán financiados los gastos ocasionados por la nueva normativa y el informe preceptivo de la Dirección General de Presupuestos Financiación y Tesorería (15). Es más, la citada obligación afecta a toda propuesta de acuerdo, resolución o pacto, resultando condicionada la efectividad de los mismos a que el órgano proponente de aquellos disponga de financiación adecuada en los programas de gasto cuya gestión tenga atribuida.

Junto a lo anterior, el artículo 14 de la Ley de presupuestos para 2022 prevé la imposibilidad de disponer de los créditos para gastos que estén total o parcialmente financiados con recursos afectados hasta que exista constancia del ingreso o de la asignación de los mismos a la Comunidad Autónoma de Aragón.

Por su parte, el artículo 15 de la citada ley procede a regular la autorización para adquirir compromisos de gasto en ejercicios futuros. A estos efectos, corresponderá al Gobierno de Aragón autorizar los gastos de carácter plurianual en los casos de expedientes de contratación, encargos de ejecución y conciertos de valor estimado superior a 3 millones de euros, acuerdos y convenios de colaboración de concesión de subvenciones de concesión directa por importe superior a 900.000 euros y convocatorias de subvenciones cuyo importe supere los 5 millones de euros, otorgándose la competencia en los restantes supuestos al Consejero del Departamento competente en materia de hacienda.

Por último, el artículo 16 de la Ley de presupuestos para el presente año prevé que las transferencias a organismos públicos o a la Universidad de Zaragoza se llevarán a cabo, con carácter general, con periodicidad mensual y por doceavas partes.

Por lo que respecta al *título cuarto* de la Ley de presupuestos de la Comunidad Autónoma de Aragón —relativo a «De los créditos de personal» (artículos 18 a 42)—, el mismo procede a regular el régimen retributivo aplicable, por una parte, a los miembros del Gobierno regional, así como a otros cargos públicos de similar naturaleza y, por otra, al personal —funcionario, laboral o interino— del sector público adscrito al servicio la referida Comunidad, así como a establecer otras previsiones en materia de personal activo, disposiciones

(15) A estos efectos, el artículo 7.3 de la ya citada 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».

todas ellas que no serán objeto de análisis en el presente trabajo al exceder de los límites del mismo.

Pasando ya al análisis del *título quinto* de la Ley de presupuestos para el presente ejercicio, el mismo aborda la regulación «De las transferencias a las entidades locales y de las actuaciones de política territorial (artículos 43 a 49), haciéndose eco con ello de la exigible coordinación financiera entre la Administración de la Comunidad Autónoma y las Administraciones de otras entidades territoriales de Aragón».

En esta línea, el artículo 43 de dicha ley se ocupa de las normas de gestión del Fondo local de Aragón, el cual aparece integrado por el conjunto de transferencias destinadas a las entidades locales incluidas en los presupuestos de esta Comunidad como apoyo al desarrollo y gestión de las diversas actividades competencia de aquellas. Más en concreto, este fondo —cuyo adecuado desglose aparece recogido en el Anexo VI del referido texto legal— aparece compuesto por diferentes programas específicos relativos a tales entidades y por determinados programas sectoriales (en la parte a ellas referidas), incorporándose todas aquellas partidas presupuestarias que se habiliten durante el ejercicio para realizar transferencias a entes con idéntica finalidad.

Junto a ello, y en el marco de la política demográfica y contra la despoblación, los artículos 44 y 45 hacen referencia a diversos programas de financiación (en especial, el Fondo de cohesión territorial) destinados a los diversos agentes sociales y territoriales y orientados, en esencia, al fomento de la realización de actuaciones encaminadas a combatir el fenómeno de la despoblación.

Por su parte, el artículo 46 de la Ley de presupuestos se ocupa de la regulación de las transferencias a las Administraciones comarcales, encomendándose la gestión de las mismas —que tendrán carácter incondicionado— al Consejero de Presidencia y Relaciones Institucionales. A este respecto, y con el objeto de conseguir la mayor eficacia en la gestión de estos fondos, se prevé que con cargo a los respectivos créditos podrá imputarse la financiación de proyectos y actuaciones sin atender a la naturaleza económica de los gastos atendiendo a las funciones y competencias que tienen atribuidas las comarcas, recogiendo asimismo, en el artículo 47 de dicha ley, determinados programas finalistas de los que las comarcas son destinatarias.

Por último, el artículo 48 de la Ley de presupuestos procede a regular el Fondo de compensación a ayuntamientos incluidos en áreas calificadas como espacios naturales protegidos de Aragón. A este respecto, y además de establecer los módulos de reparto del mismo, se prevé que el importe máximo a percibir por este concepto sea de 150.000 euros y el mínimo de 5.000 euros.

Prosiguiendo con nuestro análisis del articulado de la Ley de presupuestos para el presente ejercicio, el *título sexto* de la misma procede a regular el régimen «de las operaciones financieras» (artículos 50 a 54), estableciendo

diversas previsiones acerca de las operaciones de crédito o endeudamiento que contraiga la Comunidad Autónoma de Aragón (incluidas las de sus organismos autónomos y empresas), así como a los avales que aquella conceda a lo largo del año 2022.

A este respecto, durante el presente ejercicio presupuestario el importe máximo al que pueden ascender las operaciones de endeudamiento o crediticias que efectúe el Gobierno de Aragón es de 1.806.298 miles de euros (art. 50 Ley de presupuestos), cuantía que supera, una vez más, a la prevista, en relación a este concreto concepto, en el ejercicio precedente y que podrá verse ampliada como consecuencia de medidas extraordinarias de liquidez que la Administración General del Estado ponga a disposición de las Comunidades Autónomas a las cuales se adhiera la Comunidad Aragonesa.

A estos efectos, se prevé la contracción de 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 (art. 50.2 Ley de presupuestos), pero siempre en el marco de los límites generales establecidos en la normativa vigente en la materia (16), pudiendo formalizar la referida Comunidad operaciones de financiación por plazo inferior a un año con el límite máximo del 30% de los créditos iniciales de gasto no financiero del ejercicio presupuestario (art. 51 de la mencionada Ley).

Por su parte, se reconoce al Consejero de Hacienda y Administración pública la competencia 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 futuros, permitiéndose, asimismo, la utilización de los instrumentos de control de riesgo de intereses y de cambios que el mercado financiero ofrezca cuando se obtengan unas condiciones más ventajosas para el endeudamiento de la Comunidad Autónoma.

Por su parte, el artículo 52 de la Ley de presupuestos para 2022 contempla la posibilidad de que los organismos públicos, empresas y demás entes del sector público de la Comunidad Autónoma de Aragón puedan concertar,

(16) A estos efectos, 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 precepto, deberá tener presente el cumplimiento de los objetivos de estabilidad presupuestaria. La susodicha autorización es necesaria, a su vez, 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.

en determinadas condiciones, operaciones de endeudamiento. Así, y para los supuestos en que estas últimas sean a largo plazo (más de un año), dichos organismos deberán contar con la autorización previa del Departamento de hacienda y administración pública, requisito este que también se exige respecto de aquellas operaciones crediticias por plazo inferior a un año que se contraigan con el fin de cubrir necesidades transitorias de tesorería.

Asimismo, y en lo relativo al otorgamiento de avales y garantías —art. 53 de la Ley de presupuestos—, es el Gobierno de Aragón quien, a propuesta conjunta de los Consejero de Hacienda y Administración pública y del Consejero competente por razón de la actividad económica desarrollada, podrá otorgar aquellos a empresas radicadas en Aragón en relación con las operaciones que tengan por finalidad garantizar la creación o permanencia de puestos de trabajo. No obstante, el importe total de los citados avales no podrá rebasar, en principio, la cantidad de 100 millones de euros 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 superen la cantidad de un millón de euros —de modo individual o acumulando todos los recibidos—.

En todo caso, debe recordarse que la concesión del aval exige, como viene siendo habitual, el cumplimiento de diferentes 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, junto a lo cual los sujetos beneficiarios han de demostrar el cumplimiento de la normativa vigente en materia de residuos, no pudiendo ser beneficiarias las empresas que hubieran sido sancionadas por la autoridad laboral durante el tiempo que determine la sanción.

El análisis del articulado de la Ley de presupuestos de nuestra Comunidad Autónoma para el presente ejercicio concluye con el examen del título *séptimo* de la misma, el cual se ocupa de establecer las normas relativas a «La información a las Cortes de Aragón».

En este sentido, el artículo 55 de la mencionada ley da cabida a un conjunto de obligaciones de información presupuestarias que deben efectuarse a la Comisión de Hacienda, Presupuestos y Administración Pública de las Cortes de Aragón, entre las que destaca la relativa a informar, con periodicidad mensual, de todos los expedientes de modificación presupuestaria, cualquiera que sea su tipo. A ello se unen, ya con periodicidad trimestral, las obligaciones de informar sobre la situación de tesorería del sector público de la Comunidad Autónoma de Aragón y sobre la aplicación del Fondo de Contingencia de Ejecución Presupuestaria.

Junto a lo anterior, los artículos 56 y 57 establecen diferentes obligaciones de información en lo concerniente, respectivamente, a las operaciones de crédito, de refinanciación y de otorgamiento de avales, así como de las

subvenciones y ayudas que se concedan a las entidades pertenecientes al sector público de la Comunidad Autónoma de Aragón. A ello se une — artículo 58— las obligaciones informativas referentes a fondos o planes específicos como, por ejemplo, el Fondo Local de Aragón o los correspondientes a partidas cofinanciadas por fondos europeos.

Una vez concluido el análisis de los diferentes títulos integrantes de la Ley de presupuestos de Aragón para el ejercicio 2022, y ya para finalizar el comentario de la misma que venimos realizando a lo largo de las páginas precedentes, es preciso efectuar una sucinta alusión a distintas cuestiones relevantes que aparecen reflejadas en diferentes *disposiciones adicionales* y *transitorias* de la referida ley: 1) la determinación del régimen al que se encuentra sujeta la concesión de subvenciones y ayudas con cargo al presupuesto de la Comunidad; 2) el establecimiento de diversos criterios de gestión de algunos créditos presupuestarios y, por último, 3) la dotación del Fondo de Contingencia de Ejecución Presupuestaria.

Comenzando por la primera de las cuestiones ahora mencionadas (disp. adicionales segunda y tercera), la Ley de presupuestos recoge la exigencia de que el beneficiario de cualquier subvención acredite la circunstancia de encontrarse al corriente de sus obligaciones tributarias y con la Seguridad Social, así como el hecho de no tener deudas pendientes de pago con la Comunidad Autónoma. Empero, dichas exigencias se ven excepcionadas cuando el importe de la subvención no exceda de 1.000 euros por beneficiario y año o se destine a finalidades específicas (17).

Por lo que respecta a la concesión de una subvención a un beneficiario de un aval (aunque sea para una operación distinta), se establece la exigencia de autorización previa del Gobierno de Aragón, régimen que resulta también de aplicación en aquellos casos en que, tras haber obtenido una subvención, se solicite un aval con posterioridad. Sea como fuere, y salvo en los casos excepcionales autorizados por dicho Gobierno, se establece la prohibición de concurrencia de aval y subvención respecto de un mismo proyecto.

Por su parte, las especialidades en la gestión de ciertos créditos presupuestarios aparecen recogidas, en lo que atañe al presupuesto de las Cortes de Aragón y como viene siendo habitual, en la disposición adicional primera de la Ley de Presupuestos para el año 2022, ocupándose a su vez, la disposición adicional octava de la misma, del establecimiento de ciertas previsiones específicas en torno a la gestión de los créditos concernientes al capítulo relativo a diversos Departamentos.

(17) 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.

Por lo demás, y en relación con el último de los aspectos señalados, el Fondo de Contingencia de Ejecución Presupuestaria (disp. adicional octava) aparece dotado, para el ejercicio 2022, con un importe de 30.398 miles de euros, previéndose, asimismo, que dicho importe puede verse incrementado a lo largo del referido año mediante las modificaciones presupuestarias pertinentes.

BIBLIOGRAFÍA

GARCÍA-MORENO RODRÍGUEZ, Fernando: *La certificación forestal: un instrumento económico de mercado al servicio de la gestión forestal sostenible. Génesis, evolución y análisis jurídico crítico a la luz de su vigente regulación y aplicación en España*. Ed. Thomson Reuters Aranzadi. Cizur Menor. 2021. 588 pp.

En el ámbito jurídico doctrinal encontramos, con demasiada frecuencia, estudios impersonales, plenos de academicismo e instalados en las mayores de las correcciones. Estos trabajos, en aras de una objetividad siempre deseable, sacrifican otros puntos de vista y planteamientos, y prefieren no desafiar las pautas dominantes antes que arriesgarse e innovar. Por contra, en ocasiones se encuentran libros cuyos autores deciden marcar un estilo propio, con una visión muy personal y que se desmarcan de los cánones preestablecidos. Estos trabajos son los que, a la postre, pueden marcar nuevos caminos.

Esta segunda categoría es donde cabe enmarcar la publicación ahora recensionada, donde el profesor García-Moreno, con despliegue de un estilo muy particular, nos ilustra sobre el régimen jurídico de la certificación forestal. Especialmente en sus dos primeros capítulos, dedicados a generalidades forestales, a modo de introducción a la certificación forestal, y a la génesis de esta figura, la visión personal del autor es patente y queda de manifiesto en todas las ideas que nos expone. Y aunque el riesgo de caer en el subjetivismo pudo ser grande, lo cierto es que lo solventa con agilidad, mostrando la teoría que sobre el desarrollo sostenible es íntima y exclusiva del autor, lo que la hace especialmente interesante. Ciertamente se trata de un aspecto relacionado con el objeto de su estudio, como por lo demás con cualquier materia integrante del Derecho Ambiental, mas nada le obligaba a proceder a una exposición tan filosófica y propia como la que hace el autor. De hecho, hay momentos en que su lectura permite olvidar que se está ante una obra cuyo objeto es la certificación forestal, sumergiéndose en una visión forestal general, en la teoría de lo forestal propia del autor. De hecho, parece que la certificación forestal ha sido la excusa perfecta para que el autor haya podido plasmar y compartir con los lectores su visión personal de los montes.

Ésta es, no la única, una de las razones por la que un tema *a priori* secundario dentro del Derecho Forestal, que de ordinario sólo daría para algún artículo de revista especializada o capítulo en obra colectiva, haya sido objeto de una monografía, cuya extensión (alcanza las 588 páginas) pudiera parecer desproporcionada. Nada más lejos de la realidad. A lo ya dicho es preciso añadir una exposición absolutamente metódica y detallista, cuya extensión no es gratuita, sino que obedece tanto a un ánimo de compendiar cuantos datos

y opiniones pudieran disponerse referente a la certificación forestal, como a un esfuerzo por explicar las posiciones particulares del autor. Es de reconocerle el esfuerzo omnicomprensivo, si se quiere enciclopédico en algunos momentos, que, sin dispersarse, haya compilado en el texto desde las clases mundiales de bosques hasta su evolución, amén de citas a trabajos anteriores, depurando sus posiciones. Todo ello dirigido no sólo a los incondicionales del Derecho Forestal sino para todo curioso que simplemente desee conocer las interioridades de esta institución jurídica como es la certificación forestal.

Ejemplos de ese ánimo compilador y que el lector tenga a su disposición toda la información disponible, son las numerosas citas reproducidas del Plan Forestal Español o la Estrategia Forestal Española, amén de las diferentes normas internas que regulan los diferentes sistemas certificadores forestales, al que precisamente dedica el último Capítulo. La lectura de esta parte del libro queda recomendada, siendo satisfactoria la del relato de la creación y evolución de los sistemas PSC/PEPC, pues aunque en puridad no son Derecho Administrativo, al engarzarse dentro de las relaciones entre particulares, lo cierto es que supone un trabajo sistemático de primer orden ya que no sólo permite adentrarse en su organización y estándares, sino que para su redacción ha bebido de fuentes que no fácilmente accesibles para el investigador por motivos que ahora no procede entrar.

Esta exhaustividad en el relato (llega a indicar las veces ¡¡¡13!!! que la certificación forestal es citada en la Estrategia Forestal Española, comentándolas una a una, más las que se producen (17) en sus anexos, y lo mismo respecto al Plan Forestal Español, con 24 citas y 48 en sus anexos) hace que el profesor García-Moreno actúe como exhaustivo cronista de las posiciones legislativas y doctrinales sobre la certificación forestal. Ha armado un crisol donde sintetiza las posturas doctrinales previas, pero aquí es donde cabría pensar que su enfoque personal, ya señalado, conllevara un tratamiento subjetivo de las mismas. Nada más lejos de la realidad, ya que si de algo se caracteriza este trabajo es por el trato elegante que hace de las posiciones discrepantes, acompañado de las debidas justificaciones jurídicas.

Este interés incluso permite concluir con que el autor se ha dejado llevar por un cierto optimismo respecto a la certificación forestal, especialmente dado el protagonismo que le otorga en su visión jurídico-forestal de los montes españoles. Lo cierto es que, a pesar de defender su reclamo social, no resulta una figura rentable económicamente, lo que es una paradoja ante la demanda del mercado, singularmente en los internacionales. Esta devoción por la certificación forestal le lleva a, por un lado, consolidar la concepción doctrinal de la certificación forestal como un instrumento de mercado (a la que se encarga de añadir la incidencia en la política comunitaria de comercio exterior) y, por otro, delimitar con precisión esta figura de otras similares. Y

BIBLIOGRAFÍA

demostrando con ello un perfecto entendimiento de sus fuerzas, sinergias, sujetos y objetivos.

En definitiva, su contenido puede esquematizarse del siguiente modo. Tras las pertinentes introducción y justificación de la obra, la obra se divide en cuatro capítulos. Los dos primeros son, sin duda alguna, los más personales, en el sentido ya expuesto anteriormente, dedicados a generalidades forestales (lo que el autor denomina las razones primigenias que justifican y respaldan la creación de la certificación forestal) y a los precedentes y evolución de la certificación forestal. En cambio, el Capítulo III se dedica en puridad al régimen jurídico de la certificación forestal, pudiéndose señalar que es el núcleo del trabajo que ahora comentamos. Por último, el Capítulo IV, de indudable interés, al dedicarse a exponer los dos principales sistemas de certificación forestal, con indicación de sus diferentes criterios, principios e indicadores, así como el esquema de su funcionamiento interno, queda fuera del ámbito del Derecho Administrativo, pero que será especialmente atractivo y de lectura obligada para aquellos profesionales que manejen o trabajen esta figura.

José Miguel GARCÍA ASENSIO
Doctor en Derecho, abogado
Colegio de Soria

GONZÁLEZ SAN SEGUNDO, Diego (2022), *El conflicto sobre un símbolo de la naturaleza: el futuro del lobo ibérico*, Madrid, Reus Editorial (Colecc.: «Animales y Derecho»), 170 pp.

1

Dentro de la colección «Animales y Derecho» de la Editorial Reus se ha publicado la obra que se recensiona. Su autor es un joven jurista formado en la Universidad de Salamanca. La actualidad y oportunidad de la monografía está marcada por la unificación del régimen jurídico del lobo en todo el territorio nacional producido en septiembre de 2021, con la inclusión del *Canis lupus signatus* en el Listado de especies silvestres en régimen de protección especial —LESPRE— (Orden de 20 de septiembre de 2021, del Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico), tras una viva polémica entre la AGE y las CC.AA. «loberas», es decir, con presencia significativa de manadas y ejemplares de lobos (Galicia, Asturias, Cantabria y Castilla y León) y entre ganaderos y cazadores, de un lado, y ecologistas y animalistas, de otro, que se ha traducido en varios recursos contenciosos administrativos interpuestos ante la Audiencia Nacional por las CC.AA. y por organizaciones agropecuarias y asociaciones de cazadores contra la Orden.

2

La obra, con prólogo del Emmanuel Jiménez Franco, profesor titular de Derecho Administrativo de la Universidad de Salamanca, se divide en cuatro capítulos, precedidos de una breve introducción, y se cierra con un epílogo, un anexo jurisprudencial y una bibliografía, con sesenta y ocho entradas, doce de ellas referencias de prensa o agencia de noticias —prueba de la controversia entre la opinión pública—. El núcleo central del libro es el capítulo tercero, en el que se expone el régimen jurídico del lobo en España y, en menor medida, el capítulo cuarto, dedicado al examen del régimen de responsabilidad patrimonial de las AA.PP. por el daño causado por el lobo en el ganado.

La extensión de los capítulos es desigual. Quizás se podrían haber agrupado los dos primeros capítulos y subdividido el tercero, analizando el régimen de protección del lobo en el periodo inmediatamente anterior a la Orden de 20 de septiembre de 2021 (régimen dual según localización geográfica de las manadas al norte y al sur del río Duero) y, por contraste, el introducido por la Orden (unificación en un régimen homogéneo, el del sur, a todo el territorio nacional).

La tesis del autor es que es necesaria la unificación del estatus jurídico o régimen de protección del lobo en todo el territorio nacional (y transfronterizo con Portugal), partiendo de que se trata de una única población que no entiende de fronteras. Ahora bien, por la ausencia de datos fiables sobre la presencia del lobo en los diferentes territorios, considera que no es posible pronunciarse en la «orientación norte» (medidas de gestión del lobo, incluso sacrificio letal o extracción, consideración como especie cinegética) u «orientación sur» (régimen estricto de protección, prohibición de la caza, y medidas de sacrificio por la AP muy excepcionales) de la unificación del estatus jurídico. La recta comprensión de la tensión norte-sur requiere la lectura de la obra. Es una división del régimen jurídico que deriva de un estudio de ICONA de finales de los años ochenta del pasado siglo, incorporado a la Directiva de Hábitats de 1992 (anexos) y traspuesta en la Ley estatal de Patrimonio Natural y Biodiversidad de 2007 —LPNB-2007— (anexos). Cabe recordar que la Directiva es de «mínimos» porque los Estados miembros pueden establecer un régimen jurídico de protección más riguroso en materia ambiental (artículo 193 del Tratado de Funcionamiento de la UE); queda matizada una referencia que aparece en la página 96.

Considera el autor que, antes de modificar el estatus se debería haber establecido una moratoria sobre la caza del lobo, en los territorios cinegéticos donde era posible su caza hasta la elaboración de un censo de poblaciones de lobos actualizado, dado que los datos son poco fiables, y tras el consenso entre los agentes implicados, unificar el régimen jurídico en un sentido u otro. Simplificando, los pasos consecutivos debían haber sido censo – estrategia de gestión y conservación – régimen jurídico. El Ministerio ha recorrido un camino inverso: modificación del régimen jurídico – estrategia – censo; gráficamente, expresado: hemos construido la casa por el tejado.

En la obra se manejan con soltura conceptos centrales del Derecho ambiental faunístico: estado de conservación favorable y desfavorable (conceptos jurídicos indeterminados), población de la especie (concepto no definido normativamente), la relación entre el Derecho internacional (Convenio de Berna de 1979), europeo (Directiva de Hábitats de 1992) y nacional (estatal y autonómico). Hay que estar atentos a la petrificación del régimen dual de protección del lobo por la Ley de Patrimonio Natural y Biodiversidad de 2007 (al norte y al sur del río Duero) y meditar sobre si el Reglamento (la Orden ministerial) es *contra legem*.

El autor se detiene en el examen de la conflictividad judicial en torno al lobo en la Comunidad de Castilla y León —quizás por la procedencia del autor y la singularidad de la Comunidad Autónoma, de tener territorio al norte

y al sur del Duero—. Cita diecinueve resoluciones judiciales del TSJCYL, seis del TS, cinco del TC y cuatro del TJUE.

Quizás un posible contenido —no abordado— hubiera sido el examen detenido de los planes de gestión del lobo en Galicia, Asturias, Cantabria y Castilla y León (en este último caso hay referencias diversas) e incluso a las medidas preventivas del Territorio Histórico de Álava. Algunos de estos planes también han sido objeto de control judicial.

5

Al examinar el régimen de la responsabilidad patrimonial de las AA.PP. por el daño causado por el lobo en el ganado, tras la redacción dada por la Ley estatal 33/2015, de 21 de septiembre, al artículo 54.6 LPNB-2007 (exoneración de las AA.PP., «... *excepto en los supuestos establecidos en la normativa sectorial específica*»), al margen de los pagos compensatorios establecidos por algunas CC.AA. por daños producidos por el lobo en la ganadería, expone la reciente doctrina del Tribunal Supremo (sentencias de 2.12.2019 y de 11.2.2020), con algún precedente previo a la Ley de 2015 (STS de 22.3.2013). Esta jurisprudencia considera que el régimen especial de protección del lobo (su inclusión en el LESPRES) es una excepción a la exoneración de responsabilidad patrimonial de las AA.PP, ya que los particulares no tienen el deber jurídico de soportar los daños que el lobo causa en la cabaña ganadera.

El autor disiente de esta postura. Atendiendo al criterio teleológico, considera que, en la Ley de 2015, al introducir el artículo 54.6 LPNB-2007, lo que quiso el Legislador fue excluir la responsabilidad patrimonial por daños causados por la fauna silvestre con la finalidad de evitar que las AA.PP. se convirtiesen en aseguradoras universales de tales daños.

El autor considera que las AA.PP. podrán no ser responsables patrimonialmente si en cada caso concreto se analizan las medidas preventivas adoptadas para evitar la producción de ataques y daños por los lobos a los ganados (subvenciones para pastores, apriscos y vallados eléctricos, mastines, etc.).

También debería subsanarse un error sobre el sentido de las votaciones el 4 de febrero de 2021 por algunas CC.AA. en la Comisión Estatal para el Patrimonio Natural y la Biodiversidad (páginas 99 y 100).

6

En la bibliografía referenciada se ha omito alguna contribución reciente que anima el debate. Así, Fernando LÓPEZ RAMÓN publicó un artículo titulado «El lobo. Percepción social y régimen jurídico», en *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental* 50 (2021), con agudas reflexiones sobre la inclusión del lobo en el LESPRES, que ha originado un debate parcial con Agustín GARCÍA URETA en

BIBLIOGRAFÍA

su artículo de respuesta «El lobo y su estado de conservación en las regiones biogeográficas de la Península ibérica: referencias empíricas y Derecho», publicado en la Revista *Actualidad Jurídica Ambiental* 122 (2022), que quizás no ha podido recoger, según la fecha de cierre de la redacción de la monografía.

Quizás el autor podrá incorporar estos planteamientos —y otros que surjan— en una nueva edición de la obra, obligada tras las sentencias que dicte la Audiencia Nacional en los recursos planteados contra la Orden ministerial y, previsiblemente, el Tribunal Supremo, en las dictadas en casación.

7

La obra reseñada es útil para realizar una aproximación jurídica al *status quo* del régimen jurídico del lobo tras su inclusión en el LESPRES. Puede ayudar a recorrer el camino necesario de concordia entre los agentes económicos, sociales y políticos en torno al lobo, para que pase de ser un símbolo a ser una realidad biológica (lobo imaginario/lobo real, del biólogo Luigi BOITANI), dado el valor ecológico y cultural del lobo, aspecto este último estudiado con belleza por Michel PASTOREAU (2018), *Le loup. Une histoire culturelle*, Paris, Seuil. Por cierto, en el dictamen de 2020 del Comité Científico, fue precisamente la alusión al valor ecológico y al valor cultural el criterio suficiente para recomendar la inclusión de todas las poblaciones de lobo en el LESPRES (pp. 96-97).

José Manuel ASPAS ASPAS
Abogado, Colegio de Zaragoza

VALENZUELA RODRÍGUEZ, María José: *La anulación de instrumentos de planeamiento*, Editorial RDU, 2020.

La autora analiza, en términos generales, los efectos de la anulación del planeamiento urbanístico desde un punto de vista crítico con la legislación actual y con la labor de los diferentes operadores intervinientes en el procedimiento de aprobación del planeamiento.

Se realiza una profunda reflexión sobre las causas que motivan la anulación del planeamiento e, igualmente, sobre las consecuencias que dicha anulación supone. La problemática derivada de los procedimientos jurisdiccionales en los que se anulan los instrumentos de planeamiento urbanístico es variada y conlleva, sobre todo, una frustración de los esfuerzos que la normativa aplicable requiere para que se pueda conseguir la aprobación definitiva de los diferentes instrumentos de planeamiento. Una normativa que, por su parte, es compleja y dispersa, encontrándose diferentes exigencias en distintas normas de distinta índole y ámbito. La autora realiza una crítica a dicha dispersión normativa, que implica una dificultad añadida al ya de por sí complejo mecanismo de elaboración del planeamiento.

La autora considera que nos encontramos en un momento de crisis del modelo urbanístico en España, motivado, sobre todo, por la prolija anulación de los planes urbanísticos acordada, en los últimos tiempos, por los órganos jurisdiccionales.

Ahora bien, la autora no centra su crítica en la labor de los órganos jurisdiccionales, los cuales, finalmente, se encuentran cercenados por lo establecido en la legislación aplicable. Su labor, en definitiva, consiste en determinar si los diferentes instrumentos de planeamiento urbanístico aprobados se corresponden con el procedimiento previsto en la legislación aplicable o, por el contrario, incumplen alguna de las múltiples exigencias normativa previstas.

Así las cosas, la autora determina que se trata de una responsabilidad general de todos los operadores jurídico y económicos intervinientes en la elaboración de los instrumentos de planeamiento.

En primer lugar, en el primero de los Capítulos, se analiza la naturaleza jurídica de los instrumentos de planeamiento. En este sentido, es jurisprudencia consolidada del Tribunal Supremo que los instrumentos de planeamiento son normas jurídicas de carácter general, extremo sobre el que, en el momento actual, no existe debate.

En el segundo Capítulo, se analizan los diferentes medios de impugnación de los instrumentos de planeamiento urbanístico. Dada su naturaleza de normas

jurídicas de carácter general, se deben recurrir en vía contencioso-administrativa. Ahora bien, cabe el recurso directo, contra el propio instrumento de planeamiento; o el recurso indirecto, contra un acto de aplicación de dicho instrumento de planeamiento. Se plantea la autora la problemática derivada de la existencia del recurso indirecto, que supone *de facto* la existencia de un plazo infinito para la interposición de un recurso contra una norma de carácter general que, mientras se encuentra vigente, despliega sus efectos y supone la creación de situaciones difícilmente reversibles.

Igualmente, en dicho Capítulo segundo, se analiza la posibilidad de interponer recursos contra los actos de tramitación de los planes urbanísticos. Se explica que los actos de aprobación intermedia de un instrumento de planeamiento, es decir, los actos de aprobación provisional o inicial, tan solo son recurribles cuando se hayan observado defectos formales. Y esto se debe, principalmente, a que el texto del instrumento de planeamiento puede ser modificado tras dichos trámites y, por ello, carecería de sentido recurrir el contenido del mismo en un estadio anterior a la aprobación definitiva.

Se analiza también la figura existente en nuestro Ordenamiento Jurídico denominada «acción pública». La acción pública tiene un único límite, que es el uso abusivo del Derecho, pero la realidad es que, en la historia jurídica de nuestro Ordenamiento, la acción pública se ha utilizado en múltiples ocasiones para usos personales alejados notablemente del interés general. Por ello, la autora se alinea con aquellas tesis que propugnan por una limitación de la acción pública, con la finalidad de preservar los instrumentos de planeamiento.

Por último, en el meritado Capítulo, se analiza hasta dónde alcanza el control jurisdiccional de los instrumentos de planeamiento debido, principalmente, a la discrecionalidad de la que la Administración dispone para la aprobación del propio planeamiento. Lo cierto es que los órganos jurisdiccionales sólo pueden valorar cuestiones referentes a los aspectos reglados del planeamiento urbanístico (por ejemplo, las condiciones que deben darse para la clasificación como Suelo Urbano Consolidado) y a la motivación que, de los aspectos no reglados, se recoja en el instrumento de planeamiento que se haya aprobado y, en su caso, recurrido.

En el Capítulo tercero, la autora analiza los principales motivos por los que se suelen anular los instrumentos de planeamiento que han sido definitivamente aprobados. Respecto a dichos motivos que suelen justificar la anulación de los instrumentos de planeamiento, se realiza una crítica clara, y es que la diversa normativa aplicable al procedimiento de aprobación de dichos instrumentos supone un hándicap prácticamente insalvable para la correcta tramitación de los mismos. Se realiza una crítica a la técnica normativa existente respecto de los requisitos que debe cumplir el planeamiento general. Existe normativa estatal y autonómica. Asimismo, existe normativa sectorial que exige el cum-

plimiento de diversos requisitos y la solicitud de diferentes informes a muy distintos órganos que, una vez más, pueden ser estatales, autonómicos o locales. Todo este aluvión de requisitos previsto en distintas normas propicia que el procedimiento de aprobación del planeamiento general —que, de por sí, ya es complejo porque requiere la regulación de la situación urbanística de un territorio con todos sus pormenores— resulte prácticamente irrealizable con la debida corrección formal. Así, los motivos de anulación del planeamiento son diversos —y, si se permite, imaginativos, basta con revisar el procedimiento para, seguramente, encontrar algún fallo que venga determinado por el incumplimiento de alguna norma—.

La autora analiza también las consecuencias derivadas de la nulidad del planeamiento urbanístico. A este respecto, cabe poner de manifiesto que se realiza una crítica a la imposibilidad de la anulabilidad del planeamiento. Como ya se ha explicado, en tanto que los instrumentos de planeamiento urbanístico se consideran normas de carácter general, solo cabe declarar la nulidad de pleno derecho de los mismos, y no la anulabilidad. Esta cuestión no es baladí, dado que la nulidad impide que dichos instrumentos, que han estado vigentes durante un lapso determinado, desplieguen cualquier efecto. Es decir, se deben expulsar por completo del Ordenamiento Jurídico como si nunca hubieran existido en el mismo. A este respecto, la anulabilidad supondría una figura más adecuada para diversas situaciones, puesto que permitiría que situaciones que ya se han producido al albor de un planeamiento que, con posterioridad, es declarado anulable, se mantuvieran en el tiempo.

Por último, la autora realiza un sucinto análisis sobre la situación jurídica de los instrumentos de planeamiento en los países de nuestro entorno. Se centra en las situaciones de Francia y Alemania, dado que ambos países han modificado su normativa urbanística para evitar algunos de los efectos derivados de la anulación de los instrumentos de planeamiento.

En concreto, Francia, en 2014, modificó la normativa para prever que, en el caso de que se alegue un defecto de forma, el juez administrativo pueda suspender el procedimiento y conceder un plazo a la Administración actuante para subsanar dicho defecto, evitando así la posibilidad de que se anule el instrumento de planeamiento.

Por su parte, en Alemania, se prevén tres plazos para la impugnación de los planes, dependiendo del vicio que se alegue. Si se alega un vicio absoluto, el recurso puede interponerse en cualquier momento; si se alega un vicio de ponderación, el recurso puede interponer en el plazo de siete años; y, por último, si se alega un vicio de forma, el recurso solo puede interponerse en el plazo de un año. Así, se evita que los instrumentos de planeamiento definitivamente aprobados queden a merced de los posibles recursos directos o indirectos que se puedan interponer por tiempo indefinido.

Dicho todo lo anterior, la autora propone observar la normativa aplicable en los países de nuestro entorno para intentar incorporar a nuestro Ordenamiento Jurídico todo aquello que pueda propiciar una gestión más eficiente de la técnica normativa.

En concreto, la autora en cuestión propone diversas soluciones para paliar el problema derivado de la anulación de los instrumentos de planeamiento. De manera sucinta, y sin perjuicio de una posterior explicación más detallada, las soluciones propuestas se pueden dividir en cuatro, a saber: 1) la modificación de la legislación aplicable para facilitar los procedimientos de aprobación; 2) la creación de un órgano consultivo que permita unificar los criterios de interpretación de la normativa aplicable; 3) la existencia de una participación pública efectiva y real; y 4) la incorporación de la posibilidad de declarar la anulabilidad de los instrumentos de planeamiento.

Así, en primer lugar, respecto a la necesidad de modificar la legislación aplicable a la aprobación de los diferentes instrumentos de planeamiento, se debe poner de manifiesto que resultaría una solución clave a la hora de simplificar los procedimientos y, en su caso, unificar en una sola norma los distintos informes que se deben solicitar para la consecución de la aprobación definitiva de los instrumentos de planeamiento. Atendiendo a lo anterior, en el caso de que se incorporaran nuevos requisitos para la aprobación de dichos instrumentos, la autora propone que se modificara la Ley de Suelo estatal vigente en dicho momento o; en su caso, la Ley urbanística autonómica en cuestión, para incorporar en dichos cuerpos legales todos los requisitos previstos normativamente para la aprobación de los instrumentos de planeamiento urbanístico. Esto supondría que los operadores jurídicos y económicos implicados en el procedimiento que nos ocupa pudieran acudir a un solo texto legal para conocer el procedimiento y simplificaría enormemente su labor. Igualmente, y debido a dicha simplificación, supondría una menor posibilidad de anulación del planeamiento por vicios de forma.

En segundo lugar, respecto a la creación de un órgano consultivo, bien sea a nivel estatal o autonómico, cabe decir que sería de gran utilidad y ayuda. En concreto, se podría articular de manera parecida a como lo realiza la Agencia Tributaria con sus consultas vinculantes. Es decir, podría crearse y permitir la emisión de resoluciones a consultas practicadas o por los ciudadanos o por las Administraciones Públicas e, igualmente, prever que dichas consultas fueran vinculantes.

En relación con lo anterior, la autora propone, igualmente, la posibilidad de crear una comisión que realizara la labor de unificar a todos los organismos que deben pronunciarse durante la tramitación de la aprobación de un instrumento de planeamiento urbanístico. Estas comisiones —que realizarían su labor de manera parecida a como lo hacen las comisiones provinciales

de urbanismo— velarían porque se recabaran todos los informes preceptivos necesarios.

En tercer lugar, sobre la necesidad de una mayor participación pública en el procedimiento de aprobación del planeamiento urbanístico, cabe poner de manifiesto que podría ser una estupenda solución para evitar la consecución de recursos interpuestos mediante la figura de la acción pública. Asimismo, en este mismo sentido, se debe realizar una reflexión sobre la necesidad de que el planeamiento dé respuesta a las necesidades de la ciudadanía, más allá del cumplimiento normativo —total y absolutamente necesario—.

Por último, como se ha venido comentado, la posibilidad de que se modificara la normativa aplicable para incorporar la opción de declarar la anulabilidad de los instrumentos de planeamiento. Esta medida resultaría imprescindible para una mayor eficiencia del sistema. En este sentido, cabe hacer mención a la situación existente en los países de nuestro entorno y que se ha explicado con anterioridad, los cuales prevén una forma de actuar que, en opinión de la autora, resulta más útil y eficiente.

En definitiva, durante este trabajo, la autora realiza un viaje por la problemática derivada de la anulación de los instrumentos de planeamiento. Esta problemática es patente, tanto por los numerosos instrumentos de planeamiento que se anulan, como por las consecuencias derivadas de dicha anulación. Por ello, se realiza un estudio de las principales causas que han apreciado los tribunales para declarar la nulidad, analizando las consecuencias derivadas de ello.

Laura DEL MAZO TEJEDOR
Abogada, Colegio de Zaragoza

J. VALERO TORRIJOS y R. MARTÍNEZ GUTIÉRREZ (dirs.), *Datos abiertos y reutilización de la información del sector público*, Granada, Comares, 2022, 303 pp.

Como resultado del proyecto de investigación *Datos abiertos y reutilización de la información del sector público en el contexto de su transformación digital: la adaptación al nuevo marco normativo de la Unión europea* (ref. PID2019-105736GB-I00), financiado por el Ministerio de Ciencia Innovación, los profesores Valero Torrijos y Martínez Gutiérrez publican, junto con otros nueve colaboradores, el primer análisis detallado de las novedades introducidas por Real Decreto-ley 24/2021, de 2 de noviembre, en la Ley 37/2007, de 16 de noviembre, sobre reutilización de la información del sector público.

Hay que recordar que el Real Decreto-ley 24/2021, de 2 de noviembre, obedece a la necesidad de transposición, entre otras, de las disposiciones de la Directiva (UE) 2019/1024, del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de junio de 2019, relativa a los datos abiertos y la reutilización de la información del sector público. El fundamento de la intervención normativa europea reside en la consideración de la información del sector público como una fuente extraordinaria de datos que pueden contribuir a mejorar el mercado único» y al desarrollo de nuevas aplicaciones para los consumidores y las personas jurídicas» (Considerando 9 de la Directiva). La información del sector público o la información recogida, producida, reproducida y difundida en el marco de la prestación de un servicio público constituye una materia prima importante para diversos productos y servicios de contenidos digitales, y se convertirá en un recurso cada vez más importante con el desarrollo de tecnologías digitales avanzadas como la inteligencia artificial, las tecnologías de registro descentralizado (blockchain) y el internet de las cosas. En este sentido, autorizar la reutilización de los documentos que obran en poder de un organismo del sector público les confiere valor añadido para los reutilizadores, para los usuarios finales y para la sociedad en general y, en muchos casos, para el propio organismo público, ya que el fomento de la transparencia permite al organismo del sector público de que se trate mejorar la calidad de la información recopilada y la prestación de los servicios públicos.

La obra que comentamos cuenta con 11 capítulos, dedicados al análisis, como decíamos, de las novedades introducidas por el Real Decreto-ley 24/2021 en el texto de la Ley 37/2007, de 16 de noviembre (formalmente se modificaron 10 artículos, una disposición adicional, la disposición transitoria única y el anexo de la Ley 37/2007, de 16 de noviembre, se suprime una disposición adicional y se introducen 3 nuevos artículos). Entre las principales

novedades se encuentra la ampliación del ámbito de aplicación subjetivo de la Ley 37/2007, para comprender también a las sociedades mercantiles pertenecientes al sector público institucional que cumplan determinadas condiciones, cuestión que aborda *in extenso* DOPAZO FRAGUÍO (Capítulo II). En cuanto al ámbito objetivo, la extensión de la aplicación a los datos de investigación, que analiza GARCÍA SAURA (Capítulo III) conlleva además un mandato a los sujetos que realicen actividades de investigación o financien la investigación, para que adopten medidas para apoyar que los datos de investigaciones financiadas públicamente sean plenamente reutilizables, interoperables y de acceso abierto, teniendo en cuenta, por supuesto, las limitaciones que pudieran derivarse de los derechos de propiedad intelectual e industrial, la protección de datos personales y la confidencialidad, la seguridad y los intereses comerciales legítimos.

El estudio incluye una contribución de CERDÁ MESEGUER (Capítulo X) que analiza el procedimiento a seguir para las solicitudes de reutilización de la información del sector público, en el que se propone, *lege ferenda*, la creación de un órgano de control independiente que resuelva las reclamaciones contra las resoluciones desestimatorias totales o parciales en materia de reutilización de información del sector público. El régimen sancionador en esta misma materia lo aborda PARDO LÓPEZ (Capítulo XI), donde la autora reflexiona, entre otras, sobre la conveniencia de introducir en el ámbito de la reutilización mecanismos preventivos, no propiamente sancionadores, tomado como modelo las que se establecen en la normativa de protección de datos de carácter personal (especialmente art. 58 del Reglamento 2016/679 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos), orientadas a corregir situaciones de incumplimiento y no tanto reprimir comportamientos infractores.

Sobre el valor económico de la información pública nos ilustra SÁNCHEZ GARCÍA (Capítulo IX). Según dicho autor, los datos del sector público deben ser considerados como un activo patrimonial, y por tanto, su utilización quedar sometida en determinados casos al abono de una tarifa, señalando como fundamento de su postura la consideración de las actividades de reutilización como un supuesto de uso común especial de un bien de dominio público de los que regula el art. 85.1 de la Ley 33/2003, de Patrimonio de las Administraciones Públicas. Por su parte, sobre la obligación de estandarización de las licencias de reutilización (licencias tipo) por parte de las entidades del sector público, propone LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ (Capítulo VII) el establecimiento de una licencia gubernamental abierta que, más allá de la indicación de la fuente, no impongan condiciones a la reutilización de la información del sector público. Los «acuerdos exclusivos» en materia de reutilización que analiza GÓMEZ MANRESA (Capítulo VIII) exigirían una motivación reforzada y, como indica dicha autora, su concertación debería quedar sujeta al régimen de celebración de convenios por parte de las entidades públicas.

BIBLIOGRAFÍA

Debe destacarse el enorme esfuerzo que han realizado algunos autores en sus contribuciones, bien porque la nueva regulación se haya limitado prácticamente a reproducir las disposiciones de la Directiva [caso del estudio sobre el régimen jurídico de los datos de alto valor —datos que potencialmente puedan generar beneficios socioeconómicos o medioambientales importantes y servicios innovadores; beneficiar a un gran número de usuarios, en concreto pymes; contribuir a generar ingresos, y la posibilidad de ser combinados con otros conjuntos de datos— que firma VALERO TORRIJOS (Capítulo IV)], o porque el legislador directamente ha omitido su transposición (caso de la contribución de MARTÍNEZ GUTIÉRREZ (Capítulo V)) sobre los dispositivos prácticos a que se refiere el art. 9 de la Directiva (UE) 2019/1024, y que van a resultar fundamentales para el desarrollo de la inteligencia artificial). En ambos casos se advierte al legislador nacional sobre la necesidad de completar la regulación de ambos instrumentos.

A pesar de la actualización del régimen jurídico de la reutilización de la información del sector público producida con ocasión de la modificación de la Ley 37/2003 por el Real Decreto Ley 24/2021, se sigue manifestando por BELTRÁN CASTELLANOS (Capítulo VI) la existencia de importantes insuficiencias y dificultades que reclaman una actuación normativa mucho más intensa. Y es que en una sociedad como la nuestra en la que el empleo inteligente de los datos, incluido su tratamiento a través de aplicaciones de inteligencia artificial, puede tener un efecto transformador en todos los sectores de la economía, debe garantizarse imperativamente, «sin tibieza», como bien indica FERNÁNDEZ SALMERÓN (Capítulo I), el derecho de reutilización de la información del sector público, so pena de poner en riesgo uno de los objetivos fundamentales perseguidos con su regulación a nivel europeo y nacional, como es el de fortalecer un sólido mercado de la reutilización de la información del sector público en Europa.

Miguel Ángel BERNAL BLAY
Profesor titular de Derecho administrativo
Universidad de Zaragoza